

Doble Grado en Administración y Dirección de Empresas y en Derecho

TFG por Grado en Derecho

Curso 2022/2023

DIAGNÓSTICO DE LA SITUACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA Y PERSPECTIVAS

Autora: Lydia Gómez González

Director: Eneko Etxeberria Bereziartua

Bilbao, a 22 de junio de 2023



ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	5
2. LA MATERNIDAD SUBROGADA: NOCIONES BÁSICAS	7
2.1. Terminología y definición	7
2.2. Modalidades.....	8
3. LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ESPAÑA.....	11
3.1. Marco normativo.....	11
3.2. Cuestiones éticas y debate actual.....	16
3.3. Recorrido registral y judicial	22
4. PERSPECTIVA INTERNACIONAL.....	36
4.1. Regulación	36
4.2. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos	39
5. DERECHO COMPARADO	44
6. CONCLUSIONES	50
7. BIBLIOGRAFÍA.....	53

RESUMEN

La diversidad de regulaciones sobre los vientres de alquiler entre los Estados ha provocado inevitablemente la internacionalización de esta práctica, ya que los padres y/o madres «intencionales» cuya ley nacional es más restrictiva se ven obligados a viajar a otro país donde este método sí es legal. Este es el caso de los residentes españoles, puesto que, en nuestro país, los contratos de gestación por sustitución son nulos de pleno derecho y rige la regla *mater semper certa est*, considerándose que «es madre la que pare». Esta regulación legal convive con una Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que permite inscribir en España, previa resolución judicial del país de origen, a los bebés nacidos a través de esta práctica. De esta forma, los padres y/o madres «intencionales» son reconocidos como padres y/o madres legales. En suma, el fin último de este Trabajo de Fin de Grado es respaldar la idea de que en España se está cometiendo un fraude de ley, tal y como queda definido en el artículo 6.4 del Código Civil, y una «huida» del ordenamiento jurídico español.

Palabras clave: maternidad subrogada, gestación por sustitución, filiación, nulidad, fraude.

ABSTRACT

The diversity of regulations on surrogacy among States has inevitably led to the internationalization of this practice, since «intended» parents whose national law is more restrictive are forced to travel to another country where this method is legal. This is the case of Spanish residents, since in our country surrogacy contracts are null and void and the *mater semper certa est* rule applies, considering that «the mother is the one who gives birth». This legal regulation coexists with an Instruction of the Directorate General of Registries and Notaries, which allows to register in Spain, prior judicial resolution of the country of origin, the babies born through this practice. In this way, the «intended» parents are recognized as legal parents. In short, the ultimate aim of this Final Degree Project is to support the idea that in Spain a fraud of law is being committed, as defined in article 6.4 of the Civil Code, and a «flight» from the Spanish legal system.

Key words: surrogacy, gestation by substitution, filiation, nullity, fraud.

1. INTRODUCCIÓN

Desde la década de 1970, el campo de las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA) no ha hecho sino proliferar mediante la aparición de nuevas y cada vez más complejas formas de crear familias. Concretamente, el año 1985, los avances médicos permitieron, por primera vez en Europa, el nacimiento con éxito de una bebé fruto de una gestación por sustitución (popularmente conocida como «*Baby Cotton*»).

En esencia, el desarrollo de métodos de procreación distintos de los tradicionales, tales como el coito o la adopción, está fundado en la infertilidad, problema que, según la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS), es padecido por una de cada seis personas.¹ De igual manera, el progreso de tales prácticas también viene justificado por los cambios en las normas sociales del matrimonio y la sexualidad. Así, cualquier persona, ya sea en pareja o soltera, e independientemente de su orientación sexual, cuenta con una gran variedad de medios para constituir una familia.

En consecuencia, como todo avance social, el surgimiento de estas nuevas técnicas provocó la necesidad de su regulación legal en aras a ofrecer garantías y cierta seguridad jurídica a sus potenciales usuarios y usuarias. Esto tuvo lugar en España en el 1988, año en el que se aprobó la primera ley sobre técnicas de reproducción asistida. A día de hoy, esta norma ha sufrido varias modificaciones, ninguna de las cuales ha afectado a la regulación de la gestación por sustitución. Como se verá, la ley sigue siendo tajante con lo previsto hace ya treinta y cinco años al prohibir esta forma de procreación.

Sin embargo, y debido precisamente a la reticencia a admitir en territorio nacional esta controvertida TRHA, cada año son más los españoles y españolas que viajan a un país con una regulación permisiva, llegando a superar el número de peticiones por adopción internacional. De entre estos nacionales que se desplazan a un Estado extranjero para contratar un vientre de alquiler, un gran número lo forman personajes famosos con alta capacidad adquisitiva. Dejando para las conclusiones finales el debate que esta cuestión plantea, el asunto que más preocupaciones genera es el destino que se le dará en España al menor que es gestado y alumbrado bajo un contrato de gestación por sustitución en otro país y traído, finalmente, a su país de origen (España) por los padres y/o madres comitentes.

¹ Datos extraídos de un informe publicado el 4 de abril de 2023. Comunicado de prensa disponible en: <https://www.who.int/es/news/item/04-04-2023-1-in-6-people-globally-affected-by-infertility>

En otras palabras, surge el problema del reconocimiento de la filiación y de la inscripción en el Registro Civil español de la filiación determinada a través de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero. En este sentido, nos encontramos con una enorme contrariedad jurídica entre normas de diferentes rangos y sentencias judiciales, lo que genera una gran inseguridad e incertidumbre para las partes implicadas aún sin resolver.

Con todo, el principal objetivo de este Trabajo de Fin de Grado es explicar por qué, si la regulación interna parece clara, hay todavía tanta contradicción y, en realidad, se legaliza de facto mediante fraude de ley (*ex* artículo 6.4 del Código Civil) la situación de las familias así constituidas en España, ya que nos encontramos ante un contrato ejecutado en otro Estado pero prohibido en el nuestro. Una vez esclarecida la cuestión, el objetivo secundario del trabajo consistirá en analizar si realmente la regulación actual es suficiente, y se tratará de plantear posibles soluciones en caso contrario.

Para la consecución de estos objetivos será necesario estudiar con detalle el trayecto de la maternidad subrogada en España, desde el primer caso más paradigmático ocurrido en el 2008 hasta la última sentencia del Tribunal Supremo el pasado año. Por tanto, me basaré sobre todo en las disposiciones vigentes en España y en aquellos países que se considere oportuno, en jurisprudencia nacional e internacional sobre la materia, en artículos de opinión de profesionales en Derecho y en estudios doctrinales.

La organización del trabajo es la siguiente: en primer lugar, en la segunda sección, se define el concepto de maternidad subrogada y se explica el amplio abanico de posibilidades que esta práctica ofrece, con el fin de comprender la temática que se va a tratar. En la tercera sección se analiza el marco normativo y se plantean, de entrada, las cuestiones éticas y el debate actual suscitados, para lograr, finalmente, una mejor comprensión de las incongruencias presentes la práctica registral y judicial de la gestación por sustitución en nuestro país. En la cuarta sección, se da una perspectiva internacional y se comentan los dos asuntos más emblemáticos que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido ocasión de resolver. En penúltimo lugar, en la quinta sección, se analizan los ordenamientos jurídicos de otros dos Estados, Italia y Portugal, con el objetivo de realizar un breve análisis sobre derecho comparado. Para terminar, en la sexta sección, se recogen las conclusiones.

2. LA MATERNIDAD SUBROGADA: NOCIONES BÁSICAS

2.1. Terminología y definición

Actualmente, partimos de la inexistencia de un término unívoco que delimite el concepto. La única referencia legal en España a esta práctica se encuentra en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, LTRHA).² El mencionado precepto emplea la expresión «gestación por sustitución» y la define en su primer apartado como aquel “*contrato por el que se conviene la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero*”.

Sin embargo, es diversa la terminología que se utiliza para hacer alusión a este concepto, que podrá variar dependiendo del aspecto que quiera destacar o de la valoración ética que haga sobre la cuestión la persona que lo emplee.³ Por ejemplo, quienes aprueban esta práctica optarán por utilizar los términos «gestación por sustitución» o «gestación subrogada», y advertirán del indebido e incorrecto uso de nomenclatura como «madre de alquiler», «vientre de alquiler» o «madre por encargo»; mientras que aquellos en contra justificarán el uso de los mismos, incluso llegando a cuestionar que nos encontremos ante una verdadera TRHA.⁴ Este último argumento viene respaldado por el hecho de que “*en la vigente LTRHA no se considera esta técnica como de reproducción asistida pues no figura en el listado de técnicas que contempla el anexo de la ley*”.⁵

No obstante, dejando de lado las discusiones terminológicas e ideológicas sobre la cuestión, en este trabajo se tendrá como referente el *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida* elaborado por la OMS, en el que se definen las TRHA como “*todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un*

² BOE, núm. 126, de 27 de mayo de 2006. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2006/05/26/14/con>

³ Comité de Bioética de España, *Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada* (2017).

⁴ Además de los términos señalados, esta técnica también es conocida como «maternidad por sustitución», «maternidad subrogada», «útero de alquiler», «útero subrogado» y un largo etcétera.

⁵ Sonia Victoria Villa Sieiro, “El Derecho Penal español ante la gestación por sustitución”, en *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos: derechos de los menores y maternidad por sustitución* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 446.

embarazo”, y continúa señalando que estas técnicas incluyen, entre otras, el útero subrogado.⁶

En el mismo Glosario se define a la «gestante subrogada» como aquella “*mujer que lleva adelante un embarazo habiendo acordado que ella entregará al bebé a los padres previstos*”. De nuevo, la terminología es variada, puesto que la mujer que gesta el bebé de otras personas es también conocida como «madre gestante», «madre de alquiler», «madre subrogada» o «madre sustituta»; y los futuros padres y/o madres, a favor de quienes se realiza la entrega del bebé, son denominados «comitentes», «intencionales», «de intención», «legales» o «previstos».

Asimismo, son diversas las definiciones tanto doctrinales como jurisprudenciales que se utilizan para delimitar conceptualmente esta práctica, incluso en el derecho comparado. Sin embargo, todas ellas coinciden en la presencia de cuatro elementos esenciales: una mujer gestante, unos padres o madres comitentes (o un padre o una madre comitente), un acuerdo entre las partes y su materialización mediante la entrega del menor tras el parto. Además, es cada vez más habitual la concurrencia de agencias intermediarias o de despachos de profesionales especializados en la maternidad subrogada en España, que no dejan de ser terceros cuya función es la de asesorar y poner en contacto a las partes.

En definitiva, como se puede observar, y tal y como se ha adelantado, el concepto no presenta uniformidad terminológica y es objeto de un polémico y actual debate. Cabe señalar que en lo que a este trabajo se refiere, se empleará indistintamente cualquier término o expresión para hacer referencia tanto al proceso en sí como a las partes implicadas.

2.2. Modalidades

Con el fin de enumerar las formas en que se puede llevar a efecto, es conveniente comenzar analizando la amplia definición que propone Pérez Monge, ya que logra abarcar todas (o casi todas) las variantes de esta TRHA. La autora entiende la gestación por sustitución como “*aquel contrato oneroso o gratuito, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a*

⁶ Documento disponible en: https://cnrha.sanidad.gob.es/documentacion/bioetica/pdf/Tecnicas_Reproduccion_Asistida_TRA.pdf

*los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos; en este último caso los gametos procederán de donante (masculino y/o femenino)”.*⁷ De esta definición se extraen, de entrada, tres principales grupos de modalidades de la gestación subrogada.

En primer lugar, si la finalidad con la que actúa la gestante es lucrativa, nos encontramos ante la figura de gestación subrogada comercial, consistente en un contrato oneroso por medio del cual la gestante presta un servicio a cambio de una compensación económica acordada por las partes. Por el contrario, en la gestación subrogada altruista la gestante no percibe retribución alguna por su servicio más allá de los gastos derivados del proceso (por ejemplo, gastos médicos o bajas laborales, entre otros).

En segundo lugar, en cuanto al origen de la dotación genética, en la práctica, *“el recién nacido suele proceder de una fecundación in vitro llevada a cabo con semen y óvulos de los que serán los padres o de donaciones de otras personas. Normalmente la gestante no aporta los óvulos, por lo que genéticamente no tiene nada que ver con ese bebé”.*⁸ En el primero de los casos, cuando lo único que aporta la madre sustituta es la gestación, hablaremos de gestación subrogada total, gestacional o estacional. Esta es la técnica que mayoritariamente se realiza en los países en los que la gestación por sustitución es legal, al ser la que menos problemas plantea debido a la inexistencia de vínculo genético entre la madre gestante y el recién nacido. Más inusuales son los casos de gestación subrogada parcial o tradicional, caracterizada porque *“la gestante aporta no sólo la gestación, sino también sus gametos; ya sea que el semen provenga del comitente o de un donante”.*⁹ En este tipo de gestación por sustitución, la madre intencional (si la hay) carece de vínculo genético con el bebé.

En tercer lugar, y debido a la diversidad de estructuras familiares, los padres y/o madres de intención pueden ser parejas heterosexuales, homosexuales, o un hombre soltero o una mujer soltera. También podrían serlo más de dos personas (por ejemplo, en

⁷ Marina Pérez Monge, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida* (Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2002), 329.

⁸ Elena Crespo Lorenzo, “Gestación subrogada: enfoque legal y estado actual en España”, *Noticias Jurídicas* (9 de Mayo de 2019), <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/13944-gestacion-subrogada:-enfoque-legal-y-estado-actual-en-espana/>

⁹ Eleonora Lamm, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres* (Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013), 27.

el caso de la poliandria) o incluso una persona jurídica, si ello está permitido por la legislación nacional del país en cuestión.

Además de estas tres modalidades de los vientres de alquiler, el Comité de Bioética de España (en adelante, CBE), en su *Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, atiende a los siguientes criterios:

- 1) La existencia o no de vínculo afectivo familiar entre gestante y padres y madres comitentes. En la gestación subrogada intrafamiliar existe vínculo familiar, como su nombre indica, entre gestante y comitentes. En estos casos, el bebé tendrá un doble vínculo con la madre sustituta: el derivado de la gestación y el de la filiación legal. Por el contrario, si no existe vínculo familiar entre gestante y comitentes, nos encontramos ante la gestación subrogada extrafamiliar.
- 2) Las condiciones de entrega del menor. A pesar de que lo habitual sea la renuncia a la maternidad antes del parto, también es posible acordar la libertad de la gestante para reflexionar y decidir, en los días siguientes al parto, si entrega o no el menor a los padres y/o madres intencionales.
- 3) La causa de la gestación subrogada. Entre las razones por las que se acude a esta TRHA pueden estar, por un lado, las causas médicas, por incapacidad de una mujer para gestar o por imposibilidad biológica (por ejemplo, cuando los comitentes son una pareja homosexual de hombres, o cuando el comitente es un padre soltero). Por otro lado, las razones pueden ser también sociales, profesionales o personales; por ejemplo, aquellos casos en los que las madres intencionales no quieren dañar sus carreras profesionales o no estén dispuestas a sufrir los cambios estéticos o las dolencias que conlleva un embarazo pero, en cambio, sí que deseen tener descendencia biológica.
- 4) La localización geográfica de comitentes y gestante. La madre gestante y los comitentes pueden residir en el mismo país o en países distintos. Este último caso es el que se da cuando la parte comitente acude al extranjero para suscribir un contrato de gestación por sustitución, mayoritariamente debido a la prohibición de esta técnica en su país de origen.
- 5) El nivel de conocimiento y libertad de la gestante o la existencia de un marco legal que garantice o no la seguridad jurídica. Dependiendo del país, nos podemos

encontrar desde una regulación específica de la materia (que la legalice o la prohíba), hasta una situación de alegalidad.

3. LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ESPAÑA

3.1. Marco normativo

La maternidad subrogada está expresamente prohibida por el ordenamiento jurídico español. El artículo 10.1 de la antes referida LTRHA dispone que “*será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero*”. Como se puede apreciar, la legislación española declara la nulidad del negocio jurídico, impidiendo que el contrato despliegue los efectos jurídicos pretendidos por las partes.

El mencionado artículo asienta en su segundo apartado la regla del Derecho romano *mater semper certa es*, en la que está basada el actual sistema de determinación de la maternidad, al señalar que “*la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto*”. Por ende, la mujer portadora, es decir, la que gesta y da a luz a un bebé, es considerada su madre a efectos jurídicos. En opinión de Barber Cárcamo, “*el origen del material biológico (gametos o preembriones) es irrelevante para el Derecho, al menos para la determinación de la nulidad: es madre quien pare, como complemento a la nulidad de todo contrato de maternidad subrogada*”.¹⁰

Por el contrario, para el padre biológico “*queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad*” (artículo 10.3 de la LTRHA). Este último apartado implica que “*si el padre comitente es el padre biológico, por haber aportado sus gametos en el procedimiento, podría llevar a cabo la acción de reclamación de paternidad*”.¹¹ En consecuencia, este apartado parece que deja abierta una «vía de escape» para los padres intencionales, con el fin de que puedan reconocer al bebé fruto del vientre de alquiler

¹⁰ Roncesvalles Barber Cárcamo, “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *Revista Electrónica De Derecho De La Universidad De La Rioja*, nº 8 (Octubre 2010), 30.

¹¹ Virginia Múrtula Lafuente, “La determinación de la filiación "contra legem" del nacido en el extranjero por gestación por sustitución: otra forma de tener hijos atendiendo a la voluntad procreacional, la posesión de estado y el interés superior del menor”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 16 (Junio 2022), 3426.

mediante la acción de reclamación de paternidad, de acuerdo con el principio de la verdad biológica.

En relación con la LTRHA, y debido a su reciente aprobación, es importante mencionar también aquí la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.¹² Esta nueva ley recoge la maternidad subrogada como una de las formas de violencia existentes en el ámbito de la salud sexual y reproductiva de las mujeres. Con su entrada en vigor el pasado 1 de marzo, se refuerza la ilegalidad de la gestación por sustitución establecida en la LTRHA (artículo 32.1) y se endurece su persecución mediante la creación de campañas institucionales encargadas de promover información sobre la ilegalidad de estas conductas (artículo 32.2) y mediante la prohibición de la publicidad de las agencias intermediarias (artículo 33).

Por otro lado, en lo que a la regulación del Código Civil (en adelante, CC) se refiere, es importante traer a colación varios artículos. Entre ellos, el 108 señala que *“la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción”*. Al no hacer referencia a la maternidad subrogada, se podría deducir que el propio Código excluye esta forma de filiación.¹³

Por su parte, el artículo 1271.I establece que *“pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres”*. El tercer apartado del mismo precepto dispone que *“pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres”*. Tal y como se deriva del artículo 10 de la LTRHA, el contrato de gestación por sustitución contiene dos prestaciones: la gestación y la renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero.¹⁴

Sobre la primera de las prestaciones, Lledó-Yagüe considera que *“está fuera de la autonomía de la voluntad de las partes el negociar sobre el uso que se hace del útero durante los nueve meses de gestación y, por tanto, no puede ser objeto de cesión. En tal sentido, [es] un servicio que contradiría las leyes, la moral o las buenas costumbres”*.¹⁵

¹² BOE, núm. 51, de 1 de marzo de 2023. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2023/02/28/1/col>

¹³ Elena Goñi Huarte, “El contrato de gestación por sustitución”, en *El reto de la gestación subrogada: luces y sombras* (Madrid: Dykinson, 2021).

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Francisco Lledó-Yagüe, “Reflexión jurídica sobre las nuevas formas de concepción humana”, *La Ley*, nº 2 (1985), 1011.

En lo referido a la segunda prestación, esto es, la renuncia a la filiación materna por parte de la madre sustituta, la literalidad del artículo 44.4 de la Ley del Registro Civil (en adelante, LRC) debe entenderse referida a supuestos de renuncia a los derechos como madre en favor de una adopción.¹⁶ De igual manera, considera la doctrina que cuando el artículo 44.5 de la LRC habla de la “*renuncia al hijo en el momento del parto*” también se debe entender que lo hace en términos de adopción. Señala la magistrada Fernández de Sevilla que en este caso “*lo único que hace la ley es exonerar a la renunciante de promover la inscripción registral*”.¹⁷

En esta línea argumentativa, el artículo 1272 dice que “*no podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles*”. Dado que, como se ha explicado, en España es imposible (de derecho) que la madre gestante renuncie a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, la misma no podrá ser objeto de un contrato y, en consecuencia, la filiación quedará siempre determinada a su favor. Además, García Presas señala que “*al carecer de objeto, el contrato de gestación por sustitución sería nulo, siguiendo lo estipulado en el artículo 1261.2 del CC¹⁸, o por contradecir la moral, el orden público o las buenas costumbres, en virtud de lo previsto en el artículo 1255 del CC*”.¹⁹

A modo de conclusión sobre el estado de la regulación civil en esta sede, el artículo 1814 establece de forma imperativa que “*no se puede transigir sobre el estado civil de las personas*”, y la filiación es un estado civil en virtud del artículo 4 de la LRC. La respuesta que da el artículo 6.3 del Código a los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas es la nulidad de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto. Es decir, que incluso sin la sanción prevista por el artículo 10 de la LTRHA, se entendería que la gestación subrogada es contraria a la ley y, por tanto, nula de pleno derecho.

¹⁶ Artículo 44.4 de la LRC: “[...] *en toda inscripción de nacimiento ocurrida en España se hará constar necesariamente la filiación materna, aunque el acceso a la misma será restringido en los supuestos en que la madre por motivos fundados así lo solicite y siempre que renuncie a ejercer los derechos derivados de dicha filiación.* [...]”.

¹⁷ Cristina Fernández de Sevilla, “La maternidad subrogada, algunos problemas jurídicos de su legalización en España”, *Diario La Ley*, nº 9755 (Wolters Kluwer: Diciembre 2020), 2.

¹⁸ Artículo 1261 del CC: “*No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: [...] 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato*”.

¹⁹ Inmaculada García Presas, “El tratamiento jurídico de la gestación por sustitución en España a debate”, *Actualidad civil*, nº 3 (Wolters Kluwer: Marzo 2022), 2.

Por último, desde la perspectiva del derecho penal, la celebración de un contrato de gestación por sustitución no aparece expresamente tipificada como delito. Sin embargo, en los artículos 220 a 222 del Código Penal (en adelante, CP) sí que están tipificadas acciones que lesionan otros intereses protegidos.²⁰ Así, el artículo 220 tipifica como delito la suposición del parto (primer apartado), la ocultación o entrega a terceros de una persona menor de dieciocho años para alterar o modificar su filiación (segundo apartado) y la sustitución de un niño por otro (tercer apartado), imponiendo a todos estos delitos la pena de prisión de seis meses a dos años.

Concretamente, en lo que aquí interesa, el artículo 221 castiga a *“los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación”*. Además, tal y como continúa señalando el segundo apartado, *“con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero”*. Como se analizará posteriormente, en la última sentencia del Supremo sobre la maternidad subrogada se plantea el posible encuadre de los vientres de alquiler en estos delitos tipificados por el CP. Sin embargo, en opinión de un sector doctrinal, no cabe en la actualidad la sanción penal de estas conductas.²¹

En resumen, si se analiza el ordenamiento jurídico español, parece claro que esta práctica es ilícita en todas sus modalidades y que, en territorio nacional, cualquier contrato de gestación subrogada (ya sea en su modalidad altruista o mediando compensación económica) será nulo de pleno derecho, de manera que la madre portadora será considerada madre del bebé cuando se produzca el parto.²² Sin embargo, y como se irá analizando en las siguientes subsecciones a lo largo del trabajo, el Derecho español ofrece respuestas incongruentes con respecto a la inscripción de la filiación de los y las bebés nacidos a través de esta TRHA.

²⁰ Múrtula Lafuente, “La determinación de la filiación”.

²¹ Villa Sieiro, “El Derecho Penal español”.

²² Y ello a pesar de que la Organización Médica Colegial de España señale en el nuevo Código de Deontología Médica, aprobado en diciembre de 2022, que la gestación por sustitución altruista *“no es contraria a la Deontología Médica siempre que se preserve la dignidad de la mujer y el interés superior del menor, con la regulación oportuna y el control de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida”* (artículo 65.2). Disponible en: <https://www.consalud.es/uploads/s1/22/47/39/2/codigo-de-deontologia-medica.pdf>

La contrariedad entre las decisiones de los órganos judiciales y administrativos (que se explicará enseguida), junto con el hecho de que el ordenamiento jurídico español actualmente no castigue a los nacionales que viajan a otros Estados donde esta práctica es legal, ha ido fomentando progresivamente lo que se denomina «turismo reproductivo» (o internacionalmente conocido como «*cross border reproductive care*»). De esta manera, “*a pesar de que es una práctica sancionada con la nulidad de pleno derecho, la regulación actual sí permite que las personas españolas viajen a otros países para contratar los servicios necesarios para desarrollar una gestación subrogada*”.²³

En particular, según estimaciones aportadas por las agencias intermediarias, a España llegarían más de 1.000 bebés al año nacidos a través de un contrato de gestación por sustitución celebrado en otro Estado.²⁴ En cuanto al perfil de los padres y las madres intencionales, en la última encuesta E-MIRRORS realizada en el año 2018, la muestra analizada se identificó en su mayoría con el sexo masculino (un 65,10% frente al 34,90%) y homosexual, a pesar de que en lo referente a la orientación sexual la distribución fue bastante más equilibrada (un 50,90% frente a un 46,20% que se identificó como heterosexual). La mayoría de estas personas tenían pareja (95%), y el 81,20% estaban casadas.²⁵

Además, entre 2010 y marzo de 2022, se recibieron en los consulados españoles 3.516 solicitudes de la inscripción de bebés fruto de esta TRHA, según datos proporcionados por el Ministerio de Asuntos Exteriores. Este último año, la cifra ha ascendido a 249 solicitudes, de las cuales, se han materializado 165 inscripciones (aproximadamente, un 66,30%).²⁶

²³ Anna María Morero Beltrán, “Características de las familias creadas por gestación subrogada en el Estado español”, *International Journal on Collective Identity Research*, nº 2 (2018).

²⁴ En España todavía no existe un registro del número de nacimientos mediante gestación por sustitución. Expertos y expertas en la materia critican la «opacidad» en lo relativo a las cifras y la situación de las madres gestantes y los bebés fruto de esta práctica.

²⁵ La encuesta E-MIRRORS fue un proyecto de investigación sobre gestación subrogada en el Estado español realizado por el Grupo COPOLIS de la Universidad de Barcelona, con el apoyo del Ministerio de Economía y Competitividad. La finalidad era visibilizar las características y particularidades de las familias constituidas por gestación subrogada en el Estado español.

²⁶ Estos datos han sido obtenidos en una investigación de diferentes medios de comunicación a través de solicitudes de acceso a la información pública vía ley de transparencia.

3.2. Cuestiones éticas y debate actual

La maternidad subrogada ha generado y sigue generando en todo el mundo un intenso debate ético, social y jurídico.²⁷ Como se ha adelantado previamente, en algunos países esta técnica de reproducción es legal bajo ciertas condiciones (por ejemplo, únicamente en su modalidad altruista), mientras que en otros está totalmente prohibida (como ya sabemos, el caso de España).

La polémica sobre su (i)legalidad y sobre las consecuencias que se deriven, en cada caso, es cada vez más conflictiva. Básicamente, en el debate existen dos posiciones contrapuestas: quienes pretenden que se regule de forma permisiva y quienes consideran que en España debería mantenerse esta prohibición.²⁸ En esta subsección se tratará de exponer los principales argumentos que sostienen ambas partes para defender su postura. Una vez hecho esto, será más fácil comprender por qué existe tanta contrariedad en la práctica registral y judicial española.

De entrada, los partidarios de su legalización sostienen que la gestación por sustitución es una herramienta de lucha contra la infertilidad, problema cada vez mayor en nuestro país, y contra la discriminación de aquellas parejas y/o personas que sufren de este padecimiento o no pueden tener descendencia por medios naturales (por ejemplo, por tratarse de una pareja de hombres homosexuales).²⁹ Esta parte de la población podría cumplir su deseo de ser padres y/o madres gracias a la gestación por sustitución.

Es más, para una corriente doctrinal, ser padres y/o madres no es solo un legítimo deseo, sino un derecho con fundamento constitucional basado en *“la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1.º CE) y en la dignidad de la persona —en este caso, de los progenitores— como expresión del reconocimiento de sus derechos y del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1.º CE). Se sostiene, pues, que el derecho a la reproducción es un derecho fundamental [...], por cuanto se trata de un derecho de autodeterminación física, enmarcado en el derecho a la libertad personal del art. 17.1.º*

²⁷ Piénsese, por ejemplo, en el reciente caso de la actriz y presentadora española Ana Obregón, quien ha contratado y ejecutado un contrato de gestación por sustitución en Estados Unidos con el esperma de su difunto hijo, dando lugar al alumbramiento de una niña. Este polémico suceso ha reabierto, sin duda, el debate político y social en nuestro país.

²⁸ Fernández de Sevilla, “La maternidad subrogada”.

²⁹ La última encuesta realizada por la Sociedad Española de Fertilidad en 2018 estimó que alrededor del 15% de las parejas en España tienen dificultades para concebir y aproximadamente el 6% de las parejas son infértiles. Además, según los últimos datos del Eurostat, España fue en 2021 el segundo país con la tasa de fertilidad más baja de Europa.

CE”.³⁰ Además, la defensa en la protección de la familia también se encuentra garantizada constitucionalmente en el artículo 39. En este sentido, podría decirse que “*la gestación por sustitución es la forma de fomentar esa reproducción de la especie y, en definitiva, una forma de constituir familias sobre la base del vínculo biológico*”, que es lo que le hace “*merecedora de la protección a que hace referencia el artículo 39 de la CE*”.³²

Otra de las principales razones a favor de la maternidad subrogada es la protección del interés superior del menor. Cuestión clave tanto en el derecho europeo como en el derecho español, como se tendrá ocasión de analizar, “*entregar al niño a los comitentes parece la opción más adecuada para la protección del menor, ya que éstos han prestado su consentimiento para convertirse en los padres; en cambio, la gestante simplemente está ejecutando su prestación en un contrato, pero sin la intención de hacerse cargo del menor*”.³³ Se entiende que no es bueno para el menor estar vinculado desde su nacimiento a una mujer que ha quedado reducida a la condición de «incubadora humana».³⁴

Desde esta opinión, también se sostiene que las mujeres que ofrecen su vientre para gestar a un bebé lo hacen de forma voluntaria y tienen derecho a decidir sobre su propio cuerpo. Este derecho a la libertad de disposición del propio cuerpo es un argumento esgrimido asimismo para la defensa del «trabajo sexual». Tanto en este último caso como en el de la maternidad por sustitución “*se argumenta en favor de la libre elección y se defiende, en consecuencia, la regulación de la prostitución y de la maternidad subrogada como derechos de las mujeres a decidir sobre su sexualidad*”.³⁵ Así, las madres portadoras deciden libremente mediante consentimiento informado a través de un acuerdo con los comitentes ceder su capacidad generativa o reproductiva, con la finalidad de

³⁰ Antonio José Vela Sánchez, “Crimen el bar”, *Diario La Ley*, nº 9056 (Wolters Kluwer: Octubre 2017), 8-9.

³¹ Artículo 39.1 de la CE: “*Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*”.

³² Juana María González Moreno, “Gestación por sustitución y derecho(s). Una valoración desde la autonomía reproductiva de las mujeres”, en *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos: derechos de los menores y maternidad por sustitución* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 201.

³³ Adolfo Lucas Esteve, “La gestación por sustitución: derechos e intereses en conflicto”, en *La gestación por sustitución* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 33.

³⁴ Comité de Bioética de España, *Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos*.

³⁵ Luisa Posada Kubissa, “Sobre los “vientres de alquiler”. Debates y reflexiones desde la crítica feminista”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 20 (Abril 2021), 189.

satisfacer el legítimo deseo (y, desde esta corriente, derecho) de una pareja o persona de tener descendencia biológica.³⁶

Solamente en caso contrario, es decir, si la mujer prestase un consentimiento no informado o fuese obligada a brindar sus servicios mediante violencia o intimidación (en cuyo caso hablaríamos de un consentimiento viciado), entiende la doctrina defensora de esta TRHA que se estarían vulnerando los derechos fundamentales de la mujer gestante.³⁷ Por esta razón se mantiene que la prohibición de estos contratos corre el riesgo de ser paternalista “*al atentar la autodeterminación de las mujeres, al libre desarrollo de la personalidad, fundamento de la paz social y de los derechos fundamentales según nuestro art. 10 CE*”.³⁸

Para terminar, y en línea con lo anterior, en cuanto al objeto sobre el que recae el contrato de gestación por sustitución, sus partidarios ponen el foco en que la misma trata con la capacidad biológica de las mujeres y “*consiste en una donación o cesión de la capacidad reproductiva o una cesión de útero, similar a la donación de órganos o a la cesión de gametos*”.³⁹ Se esgrime que tanto la donación de gametos como la gestación subrogada son procesos de reproducción asistida que implican la utilización de terceros para ayudar a otra persona o pareja a tener un hijo o una hija. Así, el autor Fernández Codina plantea la siguiente cuestión: “*si las personas tenemos el derecho de donar materiales corporales como semen, óvulos, sangre e incluso órganos, ¿cómo no vamos a tener el derecho de donar nuestro útero?*”.⁴⁰

En el extremo opuesto, la opinión detractora de la gestación por sustitución parte de la inexistencia de un derecho a la parentalidad. Para este corriente, “*aceptar los vientres de alquiler supone estar de acuerdo con otorgar la categoría de derecho a lo que en realidad son deseos personales*”.⁴¹ Como apunta de Verda y Beamonte, “*la libertad de*

³⁶ Antonio José Vela Sánchez, “Análisis estupefacto de la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, nº 9453 (Wolters Kluwer: Julio 2019).

³⁷ Francisco Javier Orozco González, “La consideración de la sala de lo civil del Tribunal Supremo sobre la dignidad de la mujer gestante y del nacido en el convenio de gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, nº 10204 (LA LEY: Enero 2023).

³⁸ María Ludivina Vavidares Suárez, “El marco constitucional del debate feminista sobre la gestación” en *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos. Derechos de los menores y maternidad por sustitución* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 147.

³⁹ González Moreno, “Gestación por sustitución y derecho(s)”, 199.

⁴⁰ Gonzalo Fernández Codina, *Gestación subrogada. Crítica a sus críticas. Sobre porqué es moralmente lícita y legalizable* (Barcelona: Bosch Editor, 2019), 84.

⁴¹ Asociación EMPODERARTE, “Vientres de alquiler”, *Asparkia. Investigación Feminista*, nº 33 (Diciembre 2018), 338.

*procreación significa el reconocimiento a la persona de un ámbito de decisión (concebir, o no un hijo) sustraído a la injerencia estatal, pero de esta libertad no se desprende un derecho a exigir a los poderes públicos que éstos hagan efectiva la pretensión de tener hijos”.*⁴² En esta misma línea argumentativa se posiciona la doctora Triguero Alcántara, al señalar que *“ser padre/madre biológicos no es un derecho, sino un deseo, ya que de querer tener descendencia se puede acudir a otros formatos como la adopción de menores sin hogar, sin repercutir, al menos de forma directa, en el cuerpo de una mujer. En ningún artículo constitucional se alude al «derecho» de hombres y mujeres a tener descendencia biológica”.*⁴³

En segundo lugar, en contra de la defensa de la libertad de disposición del propio cuerpo de la madre gestante, para la posición prohibitiva, los vientres de alquiler suponen una cosificación y *“patrimonialización del cuerpo humano y de partes del mismo que está prohibida, y un atentado contra la dignidad de las mujeres gestantes porque supone su instrumentalización para satisfacer los deseos de paternidad/maternidad de otros/as”.*⁴⁴ El alquiler de vientres, al igual que el «trabajo sexual», es concebido así como una forma de explotación del cuerpo de la mujer, ya que implica el uso del mismo como un mero objeto, en este caso con fines reproductivos (mientras que en la prostitución, los fines son sexuales). Ambas prácticas *“afectan directamente a los cuerpos y las vidas de las mujeres y todas ellas se aprovechan de la indefensión de éstas en situación de precariedad, y de su escasez de oportunidades sociales”.*⁴⁵ El doctor Torres Quiroga afirma que *“la falta de dinero conlleva a una pérdida de la autonomía de aquellas personas que no tienen una alternativa diferente a la de vender sus cuerpos”*, y esto es precisamente lo que ocurre con el útero subrogado.⁴⁶

Como consecuencia lógica, este sector defiende que el consentimiento prestado por la madre gestante *“está mediatizado por la necesidad económica de la mujer, no es*

⁴² José Ramón de Verda y Beamonte, “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida: reflexiones críticas a raíz de la jurisprudencia recaída sobre la materia”, *Diario La Ley*, nº 10182 (LA LEY: Diciembre 2022), 17.

⁴³ Bárbara Triguero Alcántara, “Las mujeres y demás cuerpos gestantes como debate feminista” (Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2022), <https://eprints.ucm.es/id/eprint/65791/1/T42331.pdf>, 129.

⁴⁴ González Moreno, “Gestación por sustitución y derecho(s)”, 201.

⁴⁵ Asociación EMPODERARTE, “Vientres de alquiler”, 339.

⁴⁶ Miguel Ángel Torres Quiroga, “Libertad, desigualdad y el contrato de maternidad subrogada” (Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 2018), <http://hdl.handle.net/10486/686545>, 356.

totalmente libre".⁴⁷ En otras palabras, "*el consentimiento requiere de un yo autónomo no mediado por la supervivencia o la subordinación*".⁴⁸ De igual manera, el hecho de que este consentimiento otorgado por la madre portadora sea irrevocable desde el momento de la fecundación, a diferencia del plazo de reflexión de seis meses otorgado por el CC a la mujer que pretende dar en adopción al bebé que ha gestado, refuerza la idea de que el mismo está viciado.⁴⁹

A mayor abundamiento, tal y como remarca la doctora Lucea Sáenz, "*existe una amplia posición que considera esta práctica como un atentado a la dignidad del hijo, sometido a un contrato que lo cosifica para su negocio, y también de la mujer, dejando su cuerpo a merced de las rentas de los deseos de otras personas y las rentas de los profesionales de la salud*".⁵⁰ Es decir, no sólo se cosifica ni se vulneran los derechos fundamentales de la mujer portadora, sino que también se trata como un objeto de contrato al recién nacido. Por ello, y en contra de lo sostenido anteriormente por la opinión favorable, se argumenta que mediante un acuerdo de maternidad subrogada no se contrata un cuerpo ni la capacidad de gestar de una mujer, sino un bebé. Desde esta postura, por tanto, se considera que la prohibición de los vientres de alquiler efectuada por la LTRHA se basa en la protección del interés superior de los menores, al tratar de evitar que estos sean objeto de intercambio comercial y que se violen sus derechos fundamentales.

Por otro lado, se argumenta que "*el perjuicio más evidente es el que se deriva de los riesgos que conlleva un embarazo, un parto y un postparto, que afecta a la integridad física y moral de la gestante y que pueden tener implicaciones negativas no solo en su calidad de vida sino en la de su familia*".⁵¹ Entre estos riesgos, destacan sobre todo los derivados del propio embarazo (como la diabetes gestacional, las situaciones de embarazo múltiple o las alteraciones genéticas), de las exploraciones (por ejemplo, en la realización de la amniocentesis), del parto y del postparto (depresión o trastornos adaptativos).⁵²

⁴⁷ Juan Antonio Pérez Artigues, "Maternidad subrogada. Problemas jurídicos y éticos del alquiler de vientres", *vol. 27 Extraordinario XXVI Congreso* (2017), 125.

⁴⁸ Laura Nuño Gómez, "Una nueva cláusula del Contrato Sexual: vientres de alquiler", *ISEGORÍA*, n° 55 (Septiembre 2016), 690.

⁴⁹ Artículo 177.2.2° del CC: "[...] *El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto*".

⁵⁰ Ascensión Lucea Sáenz, "El estado actual de la trata de personas: una aproximación desde el derecho internacional de los derechos humanos" (Tesis doctoral, Universidad de Zaragoza, 2017), <https://zaguan.unizar.es/record/60601>, 71.

⁵¹ Nuño Gómez, "Una nueva cláusula del Contrato Sexual", 689.

⁵² Pérez Artigues, "Maternidad subrogada".

El proceso de gestación es una forma de simbiosis temporal entre el bebé y la madre que repercute de forma permanente en ambas partes.⁵³ En muchas ocasiones, las mujeres son sometidas a terapias psicológicas para suprimir el vínculo con el feto. En relación con el consentimiento prestado, también podría cuestionarse si este era ciertamente informado, al no recoger todas las situaciones posibles a las que la madre gestante se podía enfrentar, relativas no solo ya a los riesgos en su salud, sino a los posteriores lazos afectivos que desarrollaría con el recién nacido. En este sentido, también se habla de repercusiones psicológicas en los bebés recién nacidos por no conocer la identidad de sus padres biológicos.

En definitiva, como se puede observar, existe una gran diversidad de opiniones sobre la cuestión, cuya regulación o prohibición no deja de ser una decisión legislativa. Por ahora, como ya se ha mencionado, la maternidad subrogada está prohibida en España por la LTRHA, a pesar de que ciertos partidos políticos y la Deontología Médica Española abogan por la legalización de la modalidad altruista. En todo caso, si el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho para el ordenamiento jurídico español, significa que no se puede realizar este negocio jurídico oneroso en España. Pero el panorama internacional es variado y en ciertos países esta técnica es legal para personas extranjeras.

En consecuencia, el debate jurídico se centra en torno a la siguiente disyuntiva: se tienen que admitir los efectos de un contrato que es nulo en España, pero que ha sido celebrado válidamente en el extranjero. En opinión de la abogada Agüera Perálvarez “*en el caso de que el contrato se formalice en un estado en el que sí esté permitida la gestación subrogada, dicho contrato sí sería válido y susceptible de cumplimiento forzoso*”.⁵⁴ Pero, como se tendrá ocasión de estudiar, para otro sector doctrinal, acudir a un país extranjero con la finalidad de celebrar un contrato de gestación por sustitución constituye un claro ejemplo de fraude de ley previsto por el artículo 6.4 del CC.

Adelantando brevemente lo que se tratará en la subsección inmediatamente posterior, la mayor parte de la doctrina aboga por la protección del interés superior del menor y considera que, a pesar de la prohibición expresa efectuada por la LTRHA, “*si se recurre a esta técnica y se llega a producir un resultado que no se puede deshacer como es el del*

⁵³ Comité de Bioética de España, *Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos*.

⁵⁴ Evelin Agüera Perálvarez, “Determinación de la filiación en la gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, nº 10116 (Wolters Kluwer: Julio 2022), 3.

*nacimiento, cabe considerar la conveniencia de no hacer desaparecer los efectos de un contrato nulo lo que implica que, una vez que nace el niño o la niña, se ha de amparar su interés por todas las vías posibles, incluida la registral”.*⁵⁵

3.3. Recorrido registral y judicial

Como ya se ha anunciado, fruto del aún en boga debate jurídico sobre la maternidad subrogada en España, existen posiciones enfrentadas entre la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) y las diferentes instancias judiciales, lo que da lugar a notables incongruencias en el Derecho español respecto a la regulación de los vientres de alquiler; todo ello a pesar de la sanción que (recordemos) expresamente prevé para estos contratos la LTRHA. Consecuencia inevitable es la enorme inseguridad jurídica sufrida por los padres y las madres intencionales y, en especial, por las madres sustitutas y los bebés gestados mediante esta práctica.

Con todo, en esta subsección se analizará en orden cronológico el recorrido registral y judicial de esta práctica, explicando los dos casos más paradigmáticos en los que órganos administrativos y judiciales españoles, junto con las partes interesadas y el Ministerio Fiscal, se han visto implicados.

En octubre de 2008, dos varones españoles casados entre sí solicitaron la inscripción en el Registro Civil Consular de Los Ángeles del nacimiento de dos menores en California mediante un vientre de alquiler y con material genético aportado por uno de ellos. El matrimonio adjuntó a la solicitud certificados de nacimiento de los menores expedidos por la autoridad registral de California, en los que aparecían como hijos suyos. El Encargado del Registro Civil Consular denegó la inscripción, recordando que el artículo 10 de la LTRHA “*establece una categórica prohibición de la denominada «gestación por sustitución»*” y que “*la mujer que da a luz, en virtud de un contrato de gestación por sustitución que nuestro Derecho no reconoce como válido, será considerada como madre legal del niño*”.

⁵⁵ García Presas, “El tratamiento jurídico de la gestación”, 4.

En consecuencia, los padres intencionales interpusieron recurso ante la DGRN, que fue estimado por Resolución de 18 de febrero de 2009.⁵⁶ El órgano administrativo ordenó así la inscripción en el Registro Civil Consular del nacimiento de los menores con las menciones de filiación que constan en la certificación registral extranjera aportada, de la que resulta que son hijos de los recurrentes.

Dicha Resolución constituyó un hito jurídico trascendental en la materia, dado que, hasta entonces, la DGRN venía rechazando *“aún sin referirse específicamente al fenómeno de la maternidad subrogada, las inscripciones de nacimiento y filiación en virtud de certificación de Registros extranjeros de niños nacidos en el extranjero cuando de la calificación o de las comprobaciones complementarias llevadas a cabo por el Encargado del Registro Civil español resultase evidente la falta de correspondencia entre el contenido de la certificación y la realidad de los hechos”*.⁵⁷

En este caso, la DGRN examinó la cuestión planteada desde la validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España, y no como un caso de determinación de la filiación. En este sentido, señaló que eran aplicables *“las normas jurídicas españolas que regulan el acceso al Registro Civil español de las certificaciones registrales extranjeras, esto es, el art. 81 del Reglamento del Registro Civil y no las normas de conflicto españolas y tampoco las normas sustantivas españolas que determinan la filiación”*. Es decir, la Dirección General no aplicó el artículo 10 de la LTRHA, argumentando que se trataba de una cuestión de acceso o no al Registro Civil español de una filiación que ya había sido determinada previamente mediante certificación registral extranjera.

En palabras de García Presas, *“la DGRN entiende que no se trata de la aplicación de la Ley española tal y como considera el Registro consular ya que estima que, para denegar o no la inscripción, únicamente hay que analizar si la resolución cumple o no los requisitos de reconocimiento exigidos en el ordenamiento jurídico español”*.⁵⁸ En virtud del artículo 81 del Reglamento del Registro Civil, las certificaciones registrales extranjeras deben superar un «control de legalidad», consistente en demostrar que se trata

⁵⁶ Disponible en: <https://www.legaltoday.com/historico/jurisprudencia/jurisprudencia-civil/resolucion-n-de-la-direccion-general-de-los-registros-y-del-notariado-de-18-febrero-2009-2009-04-08/>

⁵⁷ Juan María Díaz Fraile, “Gestación por sustitución: evolución de la doctrina de la dirección general de los registros y del notariado”, en *La gestación por sustitución* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 63.

⁵⁸ García Presas, “El tratamiento jurídico de la gestación”, 5.

de documentos públicos autorizados por una autoridad extranjera y emitidos por una autoridad registral que desempeña funciones equivalentes a sus respectivas españolas.⁵⁹

En el caso que se nos plantea, tras constatar que la certificación registral californiana superaba el referido «control de legalidad» y no producía efectos contrarios al orden público español, la Dirección la consideró como título válido para la inscripción en el Registro Civil español, estimando así el recurso presentado por los padres comitentes. En consecuencia, como ya se ha adelantado, ordenó la inscripción registral del nacimiento y la filiación de los bebés en favor de los recurrentes.

Sin embargo, y tal y como se preveía en el fundamento de derecho quinto de la Resolución, los tribunales españoles podrían llegar a pronunciarse sobre la filiación e, incluso, anularla judicialmente. Precisamente, esto fue lo que ocurrió en el presente caso, ya que el Ministerio Fiscal presentó demanda impugnando la Resolución, argumentando que la inscripción se oponía a lo dispuesto por el artículo 10 de la LTRHA. Así, el 15 de septiembre de 2010, el Juzgado de Primera Instancia (en adelante, JPI) núm. 15 de Valencia dictó sentencia en la que, estimando íntegramente la demanda de la Fiscalía, dejó sin efecto y canceló la inscripción de nacimiento de los menores en el Registro Civil Consular de Los Ángeles. Por consiguiente, los padres intencionales interpusieron recurso de apelación ante la Audiencia Provincial (en adelante, AP) de Valencia, desestimado mediante sentencia el 23 de noviembre de 2011. Finalmente, el matrimonio presentó recurso de casación, que fue desestimado por la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, TS) de 6 de febrero de 2014.⁶⁰

Antes de entrar a examinar el fallo de la sentencia del TS, es conveniente mencionar que, tras la anulación judicial de la Resolución mediante sentencia (no firme) del JPI, de 15 de septiembre de 2010, la DGRN aprobó, en pocos días, la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por

⁵⁹ Además, se señala en el fundamento de derecho cuarto de la Resolución que *“el art. 81 del Reglamento del Registro Civil no exige que la solución jurídica contenida en la certificación registral extranjera sea «idéntica» a la solución jurídica que habría alcanzado una autoridad registral española mediante la aplicación de las normas legales españolas, [...]. Lo que exige el art. 81 del Reglamento del Registro Civil es que la certificación registral cumpla con determinadas exigencias imperativas ineludibles para que pueda tener «fuerza en España» y acceder, de ese modo, al Registro Civil español”*.

⁶⁰ STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/TS/op enDocument/bac2bad54153bf37/20140214>

sustitución.⁶¹ A continuación, dada su trascendencia en esta sede, se analizará el contenido de la aún vigente Instrucción.

En su primera directriz, la Dirección General estableció como requisito previo para la inscripción del nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, la presentación ante el Encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por Tribunal competente, en la que se determinase la filiación del menor recién nacido, “*con la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante*”. Así, la DGRN permitía, siempre y cuando uno de los progenitores fuese de nacionalidad española, “*trasladar al Registro Civil español la filiación de los nacidos en el extranjero a través de gestación por sustitución tal y como había sido acreditada en el extranjero*”.⁶²

A efectos de su reconocimiento, la resolución judicial debía ser objeto de exequátur según el procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante, en el caso de que dicha resolución judicial tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el Encargado del Registro controlaría incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución podría ser reconocida en España, debiendo constatar varios elementos enumerados en la Instrucción (como, por ejemplo, la autenticidad formal o la garantía de los derechos procesales de las partes, entre otros). Como se señalaba en el preámbulo, “*en los casos en los que se solicite la inscripción del nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución sin que se presente una resolución que determine la filiación, reconocible incidentalmente o por exequátur, el encargado del Registro Civil denegará la inscripción. Ello no impedirá que el solicitante pueda intentar dicha inscripción, por los medios ordinarios regulados en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana*”, es decir, mediante la acción de reclamación de la paternidad si el comitente resulta ser el padre biológico del menor.

⁶¹ BOE, núm. 243, de 7 de octubre de 2010. Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/ins/2010/10/05/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ins/2010/10/05/(1))

⁶² Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* 7, nº 2 (Octubre 2016), 53.

Por último, y siguiendo la lógica anterior, en su segunda y última directriz, la Instrucción disponía que *“en ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante”*. Como se puede observar, hay una *“rectificación importante de la DGRN que corrige la Resolución de 18 de febrero de 2009 en el sentido de excluir como título suficiente para la inscripción del nacimiento y para el reconocimiento de la filiación la sola certificación registral extranjera”*.⁶³

En definitiva, esta Instrucción aparentemente deja sin contenido efectivo la prohibición contenida en el artículo 10 de la LTRHA, al permitir que ciudadanos y ciudadanas de nacionalidad española consigan finalmente inscribir en el Registro Civil la filiación de bebés nacidos mediante un contrato de gestación subrogada ejecutado en otro Estado donde esta práctica sí es legal. Una disposición con un rango inferior a la ley, como lo es una Instrucción de un órgano administrativo, ha legalizado de facto la maternidad subrogada en nuestro país, contraviniendo la legislación actual.⁶⁴ A fin de cuentas, *“se consigue una aceptación de facto de una situación jurídica que de iure no está permitida”*.⁶⁵

Volviendo al pronunciamiento del TS que, como se ha mencionado, desestimó el recurso de casación interpuesto por los padres de intención, la Sala afirmó que lo que hay que resolver es si la decisión adoptada por la autoridad administrativa del Registro Civil de California puede ser reconocida y desplegar sus efectos en el sistema jurídico español, especialmente el de la determinación de la filiación a favor de los recurrentes. Para ello, el Tribunal consideró necesario realizar un control que se extendiese a que la certificación registral extranjera fuese regular y auténtica y a que no hubiera duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española.

El TS, en resumen y en lo que aquí interesa, sostuvo lo siguiente: (1) que no era necesaria ninguna sentencia o resolución judicial extranjera que acreditase la filiación de los recién nacidos mediante un vientre de alquiler (en contra del criterio adoptado por la

⁶³ Díaz Fraile, “Gestación por sustitución”, 90.

⁶⁴ En efecto, el artículo 1.1 del CC establece que *“las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”* y continúa señalando que *“carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior”*.

⁶⁵ García Presas, “El tratamiento jurídico de la gestación”, 7.

Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010)⁶⁶ y (2) que el único requisito exigido para aceptar la inscripción registral en España consistía en acreditar que la certificación registral californiana no vulneraba el orden público internacional español.⁶⁷

El Supremo entendió que la certificación californiana sí vulneraba el orden público español, al considerar que los recurrentes se desplazaron a California únicamente para concertar el contrato de maternidad subrogada y la consiguiente gestación, parto y entrega de los bebés, porque tal actuación está prohibida en España.⁶⁸ Calificó esta actuación de los padres comitentes como «huida» del ordenamiento español, que “*declara radicalmente nulo el contrato de gestación por sustitución, no reconoce la filiación de los padres intencionales o comitentes respecto del niño que nazca como consecuencia de dicha gestación por sustitución (sin perjuicio de la reclamación de paternidad que pueda efectuar el padre biológico) e incluso tipifica ciertos supuestos como delito, también cuando la entrega del menor se ha producido en el extranjero*” (fundamento jurídico tercero).

En consecuencia, el TS concluyó que la certificación registral extranjera no podía operar como título apto para inscribir la filiación de los gemelos en el Registro Civil español. No obstante, a pesar de reconocer que la madre de los nacidos es la mujer que los gestó, el Supremo recordó a los recurrentes que, si alguno de ellos hubiera aportado sus gametos, el padre biológico en cuestión podría reclamar la paternidad conforme al artículo 10.3 de la LTRHA. Asimismo, sugirió que figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en el núcleo familiar. Con este fin, en su fallo instó al Ministerio Fiscal a ejercitar “*las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores y para su protección*”.

⁶⁶ Así se desprende del fundamento jurídico tercero, en el que el TS señaló que “*ciertamente podría cuestionarse si la decisión de autoridad extranjera a reconocer es la de la práctica del asiento registral en la que aparece recogida la filiación de los menores o la de la sentencia previa dictada por la autoridad judicial que determinó tal filiación con base en el contrato de gestación por sustitución y por aplicación de las leyes de California. Pero este problema no ha sido planteado en ningún momento en el litigio, y no es imprescindible abordarlo para decidir las cuestiones relevantes objeto del recurso, [...]*”.

⁶⁷ Calvo Caravaca y Carrascosa González, “Gestación por sustitución y derecho internacional”.

⁶⁸ El Tribunal resumió que se había producido una “*infracción de normas destinadas a evitar que se vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, «cosificando» a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de «ciudadanía censitaria» en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población*”.

Con esta sentencia, el Supremo permitió que los bebés fuesen considerados hijos de los recurrentes, siendo ambos sus padres a efectos legales: uno, biológico (si se diese el caso que uno de ellos hubiera aportado sus gametos) y, el otro, adoptivo, tal y como permite el artículo 176 del CC; si bien es cierto que en el registro deberá constar la filiación materna en favor de la madre de alquiler. En definitiva, el Tribunal “*reconoció derechos de los padres comitentes sobre el bebé nacido, una vez producida la renuncia al derecho de filiación de la madre gestante, y siempre que el padre biológico determinara su filiación ante el consulado competente; después de llegar el niño a España, si el padre biológico estuviera casado, su cónyuge (heterosexual u homosexual) podría optar por la adopción del bebé*”.⁶⁹

Por su parte, en el voto particular formulado por uno de los ponentes, al que se adhirieron otros tres, el magistrado señaló que no era necesario controlar la legalidad de la certificación extranjera conforme a la ley española, al haberse producido previamente conforme a la ley californiana.⁷⁰ Aseguraba que “*lo que se somete a la autoridad española no es la legalidad del contrato, sino el reconocimiento de una decisión extranjera válida y legal conforme a su normativa*” y que el interés de los menores queda afectado gravemente, al colocárseles en “*un limbo jurídico incierto*”.

No conformándose con el fallo del Supremo, los padres intencionales promovieron incidente de nulidad de actuaciones frente a la sentencia, que, mediante Auto del TS de 2 de febrero de 2015, no fue declarada.⁷¹ Se corroboró así la doctrina sentada por la STS de 6 de febrero de 2014, al confirmar la negativa “*de inscribir la filiación derivada de convenio de gestación por sustitución, aun celebrado por españoles en país que lo permita, de manera que para formalizar la relación jurídica de filiación deberá acudirse a la acción de reclamación de la paternidad biológica (ex art. 10.3.º LTRHA) o a la institución de la adopción*”.⁷²

A pesar de que, para algunos, la STS aplicó de forma estricta el orden público que se desprende del artículo 10 de la LTRHA y derogó tácticamente la Instrucción de la DGRN

⁶⁹ Fernández de Sevilla, “La maternidad subrogada”, 1.

⁷⁰ Cabe mencionar que la Sala estaba compuesta por 9 magistrados, por lo que el recurso de casación fue desestimado con una mayoría de 5 votos contra 4.

⁷¹ ATS 245/2012, de 2 de febrero de 2015. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/acbe691a198cb5c4/20150213>

⁷² Antonio José Vela Sánchez, “Erre que erre: el Tribunal Supremo niega la inscripción de la filiación de los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, nº 8600 (LA LEY: Septiembre 2015), 1.

de 5 de octubre de 2010, se planteó en ciertos sectores la cuestión sobre si la Sentencia únicamente anulaba judicialmente la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 (objeto de impugnación de la demanda presentada por el Ministerio Fiscal) o si también afectaba a la vigencia referida Instrucción.⁷³ Así las cosas, la DGRN contestó, mediante Resolución de Consulta de 11 de julio de 2014, y apoyándose en dos sentencias europeas anteriores (asuntos *Mennesson* y *Labassee*, de 26 de junio de 2014, que se analizarán detalladamente en la siguiente sección), en sentido favorable al mantenimiento de la Instrucción. En síntesis, concluyó que *“el estado legislativo y jurisprudencial actual, la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución está plenamente vigente, por lo que debería seguir siendo aplicada por los Registros Civiles españoles a fin de determinar la inscribibilidad del nacimiento y filiación en los casos que entran en su ámbito de aplicación, sin que la STS de 6 de febrero de 2014 constituya un obstáculo legal para ello”*.⁷⁴

La Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 fue respaldada casi una década después por otra Instrucción del mismo órgano, de 14 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (que no llegó a ser publicada en el BOE⁷⁵). La nueva Instrucción no solo derogó y sustituyó a la anterior, sino que dio un paso más allá, pues fijó un criterio subsidiario para inscribir el nacimiento y filiación del menor en el Registro Civil: *“el reconocimiento del padre en cualquiera de las formas establecidas en el Código civil y cumpliendo los requisitos previos en cada caso para la plena validez y eficacia de dicho reconocimiento”*. Así, dejaba de ser necesaria la resolución judicial extranjera dictada por Tribunal competente que acreditase la filiación de los recién nacidos en favor de los padres y/o madres comitentes.

En particular, señalaba la segunda directriz que *“dicho reconocimiento deberá completarse mediante otros medios de prueba suficientes, a juicio del encargado del Registro Civil, para acreditar de forma indubitada la realidad de esa filiación paterna. Para ello, el medio preferente, por su sencillez, aunque no exclusivo, podrá ser la correspondiente prueba de ADN, que se habrá de realizar y acreditar con plenas*

⁷³ Jesús Flores Rodríguez, “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa”, *Diario La Ley*, nº 8363 (LA LEY: Julio 2014).

⁷⁴ Vela Sánchez, “Erre que erre”, 2.

⁷⁵ Aunque está disponible en: <https://www.elindependiente.com/wp-content/uploads/2019/07/instru-cci%C3%B3n-14-febrero-2019.pdf>

garantías médicas y jurídicas”. Una vez acreditada la filiación paterna, por cualquiera de las dos formas de refrendo del vínculo filial (o bien mediante resolución extranjera o bien mediante reconocimiento del padre), se inscribiría el nacimiento, haciendo constar la filiación materna resultante del parto (esto es, en favor de la madre gestante) y la filiación paterna resultante de la sentencia o del reconocimiento.

En opinión de Vela Sánchez, *“la posibilidad de acreditación de la filiación jurídica mediante el reconocimiento del padre español facilitaba muchísimo la inscripción del nacido en el Registro Civil español y suponía un criterio alternativo idóneo a la falta de previa resolución judicial extranjera firme que no todos los españoles podían lograr en función de sus recursos económicos”*.⁷⁶

La segunda directriz añadía que si también se pretendiese la determinación de la filiación materna respecto de la mujer comitente que fuera cónyuge o pareja unida por análoga relación de afectividad al padre comitente, sería preciso acudir a un procedimiento de adopción del menor, que habrá de ser tramitado en España con los requisitos exigidos por el artículo 177 del CC.

Finalmente, la tercera directriz de la Instrucción regulaba un caso particular y señalaba que, en el caso de quedar acreditada la negativa de la madre gestante a hacerse cargo del menor en aquellos casos en que la ley extranjera aplicable determine única y automáticamente la filiación en favor de los padres y/o madres comitentes, sería aplicable analógicamente lo previsto en el artículo 10.3 de la LTRHA si la comitente presentara algún vínculo genético con el bebé. Es decir, que la madre de intención podría reclamar la maternidad biológica del bebé. La justificación que da la Dirección para permitir tal posibilidad fue que *“si no se practica la inscripción en el Registro Civil español de la filiación respecto de la madre comitente, el niño quedará desprotegido en el país donde se produjo la gestación, estando sin embargo inscrito en él, en el correspondiente Registro Civil, como hijo de la madre comitente. En consecuencia, si el niño debiera permanecer en dicho país, que sería el de su residencia y domicilio, el art. 9.4 del Código Civil español conduciría también al reconocimiento de esta filiación”*. Sin embargo, y tal y como se ha repetido en numerosas ocasiones a lo largo de este trabajo, esta directriz da una solución contraria a las normas legales de determinación de la filiación, ya que en

⁷⁶ Vela Sánchez, “Análisis estupefacto de la Instrucción”, 7.

España la maternidad es determinada por el parto, es decir, la madre intencional solo podrá ser madre «adoptiva» del bebé nacido por gestación subrogada.

Esta Instrucción tuvo los días contados, ya que el 18 de febrero del mismo año, la DGRN publicó en el BOE otra Instrucción, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, por la que dejó sin efecto la Instrucción de 14 de febrero de 2019.⁷⁷ Mediante esta nueva Instrucción, se retoma el régimen asentado por la dictada el día 5 de octubre de 2010, volviendo a ser precisa una sentencia de la autoridad judicial extranjera competente para proceder a la inscripción de la filiación de los menores nacidos mediante gestación por sustitución en el Registro Civil Consular.

Señala el segundo apartado que, en caso de no existir una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente que sea firme y dotada de exequátur, u objeto de control incidental cuando proceda, el encargado o encargada del Registro Civil consular deberá suspender la inscripción. En este caso, el solicitante podrá obtener, si procede, de las autoridades locales, el pasaporte y permisos del menor para viajar a España. Una vez en territorio nacional, se deberá o bien iniciar el correspondiente expediente para la inscripción de la filiación (con la intervención del Ministerio Fiscal) o bien interponer las acciones judiciales de reclamación de dicha filiación.

De nuevo, en marzo del 2022, el Supremo volvió a tener oportunidad de resolver sobre la maternidad subrogada. A diferencia del caso anterior, en el que la cuestión litigiosa consistía en la pretensión de reconocimiento del acto de inscripción de la filiación en el Registro Civil de California, en este reciente caso la cuestión se plantea desde la pretensión de la determinación de la filiación aplicando nuestro ordenamiento jurídico.⁷⁸ Como se tendrá ocasión de analizar a continuación y en la siguiente sección, la reciente STS “*viene a ratificar la Jurisprudencia anterior en la materia, en consonancia con la regulación establecida en las convenciones internacionales en las que España forma parte, y en consonancia con los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*”.⁷⁹

⁷⁷ BOE, núm. 45, de 21 de febrero de 2019. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/ins/2019/02/18/1>

⁷⁸ Agüera Perálvarez, “Determinación de la filiación”.

⁷⁹ *Ibid*, 3.

Este es un supuesto de hecho particular, ya que fue el abuelo de un menor nacido mediante un contrato de gestación por sustitución el que presentó en 2018 una demanda contra su hija (la madre de intención del niño) y el Ministerio Fiscal, en la que ejercitó la acción de determinación legal de filiación materna de su hija por posesión de estado respecto del menor nacido en México en el año 2015. Tras su nacimiento, el menor viajó a España con su madre de intención y desde entonces vivió bajo su tutela y cuidado. Cabe destacar que la madre de intención no aportó sus óvulos, es decir, no era la madre biológica del menor, y el padre era un donante desconocido.

El actor solicitaba la inscripción de dicha declaración en el Registro Civil, respetando los apellidos que al menor le fueron impuestos al nacer, y la condena a la madre comitente a estar y pasar por dicha declaración con las obligaciones asociadas a la condición de madre. El demandante acompañó a la demanda documentación registral extranjera en la que se reflejaba la veracidad de los hechos ocurridos; entre otros, el contrato suscrito entre la comitente y la madre gestante. En la cláusula sexta se establecía que la sociedad mercantil «*México Subrogacy*» sería el enlace entre las contratantes.

Como se ha anticipado previamente, en el litigio planteado no se pretendía el reconocimiento de un acto de autoridad extranjero, sino la determinación de la filiación del menor conforme a la ley española, puesto que el reconocimiento de la certificación registral mexicana de nacimiento del menor ya fue desestimada por el Encargado del Registro Civil español, al no cumplir con los requisitos establecidos por la Instrucción de la DGRN de 5 octubre de 2010: la aportación de una sentencia judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido. Es por ello que “*el demandante acierta al iniciar una acción de filiación «ex novo», puesto que, si no existe una sentencia judicial extranjera que constate la validez jurídica de unos hechos, no es posible lograr en España el reconocimiento de la filiación de un menor nacido por gestación subrogada en el extranjero*”.⁸⁰

El JPI núm. 77 de Madrid dictó sentencia el 19 de febrero de 2019 desestimando la demanda. El Juzgado recordó que el artículo 10 de la LTRHA impide el reconocimiento de la filiación que se pretendía por el demandante, y recomendó a la madre comitente que instara el expediente de guarda o acogimiento familiar previo a la adopción del menor y,

⁸⁰ María José Castellanos Ruiz, “La filiación adoptiva, vía legal para la gestación por sustitución: A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2022”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* 14, nº 2 (Octubre 2022), 1039.

una vez declarada la filiación por adopción, inscribiera al menor en el Registro Civil con los apellidos que le fueron impuestos al nacer.

El abuelo presentó recurso de apelación contra dicha sentencia, al que se adhirió la madre comitente. El recurrente invocó la posesión de estado como título de atribución de la maternidad sin necesidad de una relación biológica, así como la imposibilidad en este caso de acudir a la adopción como remedio alternativo. La AP de Madrid dictó sentencia el 1 de diciembre de 2020, en la que estimó el recurso de apelación y, revocando la resolución impugnada, consideró a la madre comitente como madre del menor y ordenó la inscripción de dicha declaración en el Registro Civil correspondiente. La segunda instancia fundó el fallo argumentando que, no siendo viable en este supuesto acudir a la figura de la adopción (por la diferencia de edad existente entre la demandada y el menor, según el artículo 175.1 del CC, ya que cuando nació el menor la madre comitente tenía 46 años), ni existiendo padre biológico identificado, ni siendo tampoco posible acudir a la vía del acogimiento familiar ni a la del artículo 176.2 del CC, había de protegerse el interés del menor reconociendo la filiación respecto de la demandada.⁸¹

El Ministerio Fiscal presentó un recurso de casación, motivado por la infracción del artículo 131 *in fine* del CC en relación con el artículo 10 de la LTRHA. Alegó que la sentencia recurrida determinaba una filiación materna respecto de una persona que no es la madre biológica y que concertó un contrato de gestación por sustitución, sin aportar material genético propio y en contra del artículo 10 de la LTRHA y del 131 del CC, pues el apartado segundo de este último precepto legal exceptúa de la declaración de la filiación manifestada por la constante posesión de estado “*el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada*”, en este caso por el segundo apartado del artículo 10 de la LTRHA. Al hacerlo, considera el Fiscal que la AP se opone a la doctrina jurisprudencial del TS establecida en la sentencia núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014.

El recurso de casación fue estimado mediante STS de 31 de marzo de 2022, en la que el Pleno de la Sala Primera del TS declaró que el contrato de gestación por sustitución “*entraña un daño al interés superior del menor y una explotación de la mujer que son inaceptables. Ambos son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la*

⁸¹ Artículo 175.1 del CC: “[...] *En todo caso, la diferencia de edad entre adoptante y adoptando será de, al menos, dieciséis años y no podrá ser superior a cuarenta y cinco años, [...]*”.

dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad” (fundamento jurídico tercero).⁸² Recordó que el Parlamento Europeo condena la práctica de la maternidad subrogada y que estas conductas podrían quedar encuadradas en el delito del artículo 221.1 del CP.

Además, el Supremo dedicó el párrafo número sexto del fundamento jurídico cuarto a las agencias intermediarias, señalando que estas *“actúan sin ninguna traba en nuestro país, hacen publicidad de su actividad (basta con usar como términos de búsqueda «gestación subrogada» u otros similares en un buscador de Internet para encontrar una amplia oferta de estas agencias dirigidas al público español)”* pese al artículo 3.a) de la Ley General de Publicidad, que señala que es ilícita *“la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución”*.⁸³

Como solución al caso planteado, sentenció el TS que *“la vía por la que debe obtenerse la determinación de la filiación es la de la adopción”* (fundamento jurídico cuarto), siendo superable la cuestión de la diferencia de edad entre el menor y la madre comitente, que para la Sala no se presenta como un obstáculo, al estar integrado el menor en el núcleo familiar desde hacía varios años. Esta solución, dice, satisface el interés superior del menor como exige el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero a la vez intenta salvaguardar los derechos fundamentales de las madres gestantes y de los niños en general.

En definitiva, esta última y reciente sentencia del Supremo rechaza la determinación de la filiación natural, puesto que de lo contrario se vulnerarían los derechos de las madres gestantes y de los niños, al ser tratados como meros objetos de comercio y al no comprobarse la idoneidad de los comitentes. No obstante, en aplicación del principio de interés superior del menor, el Supremo permite la filiación adoptiva de los menores

⁸² STS 277/2022, de 31 de marzo de 2022. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0e6219d460d65731/20220405>

⁸³ Sobre esto, es preciso mencionar que la DGRN, en la Instrucción de 18 de febrero de 2019, antes comentada, afirmó que *“la lucrativa actividad de las agencias mediadoras que operan en este terreno no puede considerarse ajustada a derecho”*. Además, en agosto de 2019, el Ministerio de Justicia instó a la Fiscalía a que investigase las agencias de vientres de alquiler que operan en España. El Gobierno *“recuerda que la gestación por vientres de alquiler es una práctica prohibida por la legislación española y que las agencias que ofrecen estos servicios en nuestro país se lucran mediante esta actividad ilegal que realizan en terceros países”*.

nacidos en el extranjero mediante vientres de alquiler, siempre bajo un procedimiento que garantice la celeridad y la protección de los derechos fundamentales de los bebés.

En conclusión, la incongruencia antes anunciada parece evidente: la gestación por sustitución es una práctica prohibida en España, pero los efectos pretendidos por los padres y/o madres comitentes se posibilitan y se legalizan de facto al permitir la adopción de estos menores por la madre prevista, ya que *“si es hijo biológico del padre comitente que aporta su material genético, la pareja de este puede adoptarlo sin que se requiera la declaración de idoneidad prevista en el artículo 176 del CC, siendo suficiente el asentimiento a la adopción que emite el padre biológico según lo dispuesto según lo dispuesto en el artículo 177 del citado texto legal”*.⁸⁴ Por tanto, la solución propuesta por el Supremo, *“que sería posible aunque no deseable, según la ley española, supondría utilizar la adopción para conseguir los efectos que se perseguían mediante la celebración del contrato de gestación por sustitución”*.⁸⁵

Con todo, es importante no olvidar que para lograr los efectos deseados por la parte comitente, esto es, la constitución de una familia en España a través de un vientre de alquiler, es necesario que el contrato de gestación por sustitución se celebre y se lleve a efecto fuera del territorio nacional, lo que para la mayor parte de la doctrina constituye un claro fraude de ley, tal y como lo regula el artículo 6.4 del CC. El precepto establece de forma categórica que *“los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”*. Cuando nacionales españoles acuden a países extranjeros permisivos con la maternidad subrogada, en realidad buscan eludir la aplicación del artículo 10 de la LTRHA.⁸⁶

⁸⁴ García Presas, “El tratamiento jurídico de la gestación”, 4.

⁸⁵ Vela Sánchez, “Crimen el bar”, 14.

⁸⁶ Lucas Esteve, “La gestación por sustitución”.

4. PERSPECTIVA INTERNACIONAL

En esta sección se estudiará la maternidad subrogada desde una perspectiva internacional, comenzando con un breve repaso sobre las disposiciones de Derecho Internacional Privado sobre la materia, y terminando con el análisis de la doctrina asentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) en sus dos sentencias más emblemáticas que tratan la gestación por sustitución.

4.1. Regulación

En el año 1977, España firmó el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptado por el Consejo de Europa en 1950 (en adelante, CEDH).⁸⁷ En el artículo 8 se reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar y se señala que *“no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”*.

Años más tarde, en el 1989, la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU) aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, primera ley internacional sobre los derechos de los niños y niñas de carácter obligatorio para los Estados firmantes, de la que España también es parte.⁸⁸ En su artículo 3.1 consagra el principio del interés superior del menor, proclamando que *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior de niño”*.

Esta consideración primordial del interés superior del menor se establece también en el artículo 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.⁸⁹ Además,

⁸⁷ Ratificado por España el 26 de septiembre de 1979. BOE, núm. 243, de 10 de octubre de 1979. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/ai/1950/11/04/1>

⁸⁸ Ratificada por España el 6 de diciembre de 1990. BOE, núm. 313, de 31 de diciembre de 1990. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/ai/1989/11/20/1>

⁸⁹ Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

el Comité de los Derechos del Niño ha insistido en la consideración de este principio en todas aquellas normas que regulen situaciones sobre los niños y las niñas.⁹⁰ Así, el interés superior del menor debe informar toda la regulación sobre los vientres de alquiler, siendo una de las exigencias derivadas la prohibición del tráfico de niños y niñas tal y como se plasma en el artículo 35 de la Convención, que obliga a los Estados a tomar todas las medidas necesarias para prevenir la venta, el tráfico y la trata de niños “*para cualquier fin o en cualquier forma*”.⁹¹

Por su parte, en el artículo 2.a) del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, se define la «venta de niños» como “*todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución*”.⁹² En este sentido, el Informe de la Relatora Especial de la Asamblea General de la ONU sobre la venta y la explotación sexual de niños, de 15 de enero de 2018, señaló que la gestación por sustitución tiene cabida en la definición «venta de niños», afirmando que la expresión “*para cualquier fin o en cualquier forma*” del referido artículo 35 incluye a la gestación subrogada.⁹³

La Convención sobre los Derechos del Niño recoge asimismo otros dos artículos relacionados con la maternidad subrogada: el artículo 7 y el artículo 8. El primero de ellos señala que “*el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos*”. El segundo apartado continúa diciendo que “*los Estados Parte velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional [...]*”. Por último, el artículo 8 dispone que “*los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas*”.

Cabe mencionar que España también es parte de la Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que en su artículo 6

⁹⁰ Comité de los Derechos del Niño, Observación general N.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que si interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), de 29 de mayo de 2013.

⁹¹ Comité de Bioética de España, *Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos*.

⁹² Ratificado por España el 6 de septiembre de 2000. BOE, núm. 27, de 31 de enero de 2002. Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/ai/2000/05/25/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/2000/05/25/(1))

⁹³ Informe disponible en: <https://daccess-ods.un.org/tmp/5500496.02985382.html>

señala que “*los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres*”, en la que puede incluirse la situación que resulta para una madre de alquiler.⁹⁴

Por otro lado, en lo que refiere a la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (en adelante, HCCH), en su informe de 10 de marzo de 2012, sobre los problemas de los contratos de gestación subrogada en el ámbito internacional, se admite que el número de acuerdos internacionales de subrogación está en auge y que, a pesar de que algunos Estados estén tratando de resolver los problemas derivados, la situación dista de ser satisfactoria para las partes interesadas y, sobre todo, para los niños nacidos como resultado de estos contratos.⁹⁵ Recientes informes de esta organización han reconocido la necesidad de un trabajo legislativo internacional en la materia, debido a la inexistencia de un consenso interestatal sobre cómo establecer e impugnar la filiación legal de un bebé nacido como consecuencia de un vientre de alquiler. Por ello, en virtud de un Mandato de sus miembros, la Oficina Permanente de la HCCH está estudiando actualmente las cuestiones de Derecho internacional privado que se plantean en relación con la filiación legal de los hijos, así como en relación con los acuerdos internacionales de maternidad subrogada.

Para terminar, es preciso traer a colación la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, en la que la Unión Europea “*condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos*” (apartado 115).⁹⁶

⁹⁴ Ratificada por España el 16 de diciembre de 1983. BOE, núm. 69, de 21 de marzo de 1984. Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/ai/1979/12/18/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/1979/12/18/(1))

⁹⁵ Informe disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf>

⁹⁶ Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto [2015/2229(INI)]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52015I10470>

4.2. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El TEDH (en adelante, también Tribunal de Estrasburgo) ha tenido ocasión de pronunciarse en diversos casos relativos a acuerdos internacionales de gestación por sustitución, siendo los más conocidos los asuntos Mennesson (65192/11) y Labassee (65941/11), ambos contra Francia, y el asunto Paradiso-Campanelli (25358/12), contra el Estado italiano.⁹⁷

En dos sentencias similares, de 26 de junio de 2014, el Tribunal (sección 5ª) se pronunció por primera vez sobre el alcance y la trascendencia en el establecimiento de la filiación de la gestación por sustitución. Los demandantes en los asuntos fueron dos matrimonios heterosexuales de origen francés, apellidados Mennesson y Labassee, que, debido a problemas de fertilidad y ante la prohibición en Francia de la gestación por sustitución, contrataron, respectivamente, en California y Minnesota, Estados en que esta práctica sí es legal, sendas gestaciones por sustitución mediante la implantación de embriones en el útero de otras mujeres. De dichas gestaciones, en las que se utilizaron los óvulos de donantes y los gametos de los maridos, nacieron dos niñas gemelas (asunto Mennesson) y una niña (asunto Labassee).

Las sentencias dictadas en los estados de California y Minnesota establecieron la relación de filiación de cada uno de los matrimonios con las respectivas niñas, constanding los padres y madres intencionales, dentro de dichos Estados, como padres biológicos y madres legales a todos los efectos. No obstante, las autoridades consulares francesas se negaron a registrar los certificados de nacimiento y a expedir pasaporte a favor de las niñas, por lo que, con el fin de posibilitar el retorno de las familias a su país de origen, las autoridades americanas emitieron pasaporte americano a favor de las recién nacidas.

Ya en Francia, tras impugnaciones por parte de ambas parejas sobre la decisión de las autoridades consulares, los tribunales denegaron el acceso al Registro Civil de las actas de nacimiento de las niñas por considerar que tal medida atentaba contra el orden público internacional francés, que establece la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas. El Estado francés consideró que admitir la inscripción equivaldría a aceptar de manera tácita que el Derecho interno se puede derogar por decisiones extranjeras.

⁹⁷ Disponibles, respectivamente, en: <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-145389>; <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-145180> y <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-170867>

Tras diez años de convivencia en Francia como auténticas uniones familiares, pero ante la negativa del Estado a reconocer a las niñas como hijas de ciudadanos franceses, los matrimonios acudieron al TEDH alegando la violación de su derecho a la vida privada familiar y personal reconocido en el artículo 8 del CEDH. No obstante, el Tribunal de Estrasburgo consideró preciso diferenciar entre el derecho que tienen los matrimonios a la vida familiar y el derecho de las niñas al respeto a su vida privada.

En el primer caso, respecto de los y las comitentes, el Tribunal estimó en ambos asuntos que no se había producido la violación de su derecho a la vida privada familiar, al entender que los cónyuges demandantes se habían ocupado como padres y madres de las niñas desde su nacimiento, sin ser impedidos de disfrutar en Francia del derecho al respeto de su vida familiar. En el segundo supuesto, el TEDH consideró que se había ignorado el derecho de las niñas al respeto a su vida privada, violando el artículo 8 del CEDH, al sobrepasar el margen de apreciación que este precepto concede a los Estados.

En palabras de Flores Rodríguez, *“si bien los Estados firmantes de la Convención disponen de un «margen de apreciación importante» a falta de consenso para apreciar conforme al artículo 8 CEDH lo que es «necesario» en una «sociedad democrática», dicho margen debe ser reducido, matizado o relativizado cuando el problema se refiere a la filiación, en la medida que ésta constituye un aspecto esencial de la identidad del niño”*.⁹⁸

Tal y como señaló el TEDH en las sentencias de 26 de junio de 2014, dada la importancia de la filiación biológica como elemento de la identidad de toda persona, no puede afirmarse que sea del interés de las hijas privarlas de un vínculo jurídico de esta naturaleza cuando la niña y el progenitor en cuestión reclaman su pleno reconocimiento. Por tanto, en vista de las consecuencias de esta grave restricción a la identidad y el derecho al respeto a la vida privada de las niñas solicitantes, el Tribunal consideró que el Estado francés fue más allá de su margen de apreciación, al obstaculizar tanto el reconocimiento como el establecimiento en el derecho interno de la filiación a su padre biológico, poniendo a las niñas en una situación de inseguridad jurídica.

En definitiva, con esta interpretación, el TEDH reconoce *“el derecho que tienen todos los Estados a regular de la forma que consideren la gestación por sustitución (admitiéndola, prohibiéndola, ignorándola), pero también incide en que en este caso*

⁹⁸ Flores Rodríguez, “Vientres de alquiler”, 4.

*rechazar la filiación de los menores por el hecho de haber nacido a través de gestación por sustitución ignorando la paternidad biológica que en ambos casos existía es excederse en el proceder de valoración por parte de las autoridades francesas”.*⁹⁹

Un año después, el Tribunal de Estrasburgo decidió sobre otro caso de maternidad subrogada en el que subrayó la importancia del vínculo biológico con alguno de los progenitores. En este asunto, el supuesto de hecho lo protagonizó un matrimonio italiano, Paradiso y Campanelli, que, como los anteriores, debido a problemas de infertilidad, realizó un contrato de gestación por sustitución mediante fertilización *in vitro* en Rusia, ya que esta práctica se encuentra también prohibida en Italia. Tras el nacimiento del niño, se inscribió en Rusia como hijo del matrimonio, sin hacer referencia alguna al contrato de maternidad subrogada. El consulado italiano en Moscú emitió la documentación necesaria para que los comitentes pudieran regresar con el menor recién nacido a su país de origen.

Una vez en Italia, las autoridades italianas iniciaron varios procedimientos contra la pareja, a la que acusaron de alteración del estado civil y de incumplir la legislación italiana e internacional sobre adopción, además de denegar la inscripción en el Registro civil de la certificación de nacimiento emitida por la autoridad rusa. Realizadas las pruebas de paternidad, se constató que el señor Campanelli no era el padre. Así, dado que ninguno de los comitentes tenía vínculo biológico con el recién nacido, se desconocía la identidad del menor. Los tribunales italianos, al dudar de la idoneidad de los padres comitentes como educadores del niño, acordaron ponerlo bajo tutela y entregarlo a una familia de acogida.

En los sucesivos recursos, las autoridades italianas confirmaron la negativa de inscribir el certificado ruso por contrariar el orden público, por entender que era “*ideológicamente falso*” y por la falta de vínculo biológico entre los comitentes y el menor. Por todo ello, el matrimonio italiano decidió interponer una demanda ante el TEDH, basándose en la violación del artículo 8 del CEDH. Argumentaban que la decisión de las autoridades italianas atentaba contra el derecho a su vida privada y familiar.

⁹⁹ Antonia Durán Ayago, “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Mennesson c. France* (n.º 65192/11) y caso *Labassee c. France* (n.º. 65941/11), de 26 de junio de 2014”, *Ars Iuris Salmanticensis* 2 (2014), 281.

El Tribunal, en una primera decisión, mediante sentencia de 27 de enero de 2015 (sección 10ª), sostuvo que efectivamente había existido una violación del referido artículo por parte de las autoridades italianas, estimando que se había vulnerado el derecho al respeto por la vida privada y familiar del matrimonio italiano, *“pues a la vista de los intereses en juego, las medidas consistentes en la declaración del estado de abandono del menor y su separación del entorno familiar eran desproporcionadas en relación con los intereses privados de los solicitantes y el interés superior del menor”*.¹⁰⁰ El Tribunal argumentó que el alejamiento de un menor del contexto familiar es una medida extrema que solo se puede justificar en caso de peligro inmediato para él, estimando así que las autoridades italianas superaron el margen de apreciación que el artículo 8 del CEDH concede a los Estados. Por tanto, el TEDH falló a favor del matrimonio y condenó al Estado italiano, pero concluyó que la decisión tomada no debía ser entendida como una obligación del Estado de devolver el menor a los requirentes, por los lazos afectivos que había desarrollado con la familia de acogida desde el año 2013. En efecto, el TEDH *“pone de relieve que la excepción de orden público vinculada a la prohibición de gestación por subrogación en el ordenamiento jurídico italiano no puede prevalecer sobre el principio fundamental e internacionalmente regulado de la defensa del interés superior del niño, si bien la violación del art. 8 CEDH por parte de Italia deriva de la aplicación, de manera injustificada, de una medida extrema como es la separación del menor de los comitentes celebrantes del convenio de gestación por sustitución en un país que lo permitía como es Rusia”*.¹⁰¹

Dos de los siete jueces que componían el Tribunal de Estrasburgo entendieron que en el supuesto de hecho no se había violado el artículo 8 del CEDH. La disidencia sostuvo que *“pareciera que es suficiente crear ilegítimamente un lazo con un menor en el extranjero para que las autoridades nacionales se vean obligadas a reconocer la existencia de una vida familiar, lo que llevaría a que el poder de los Estados de reconocer o no efectos jurídicos a los contratos de gestación por sustitución queda disminuido a la nada”*.¹⁰²

¹⁰⁰ Luis Alberto Godoy Domínguez, “La posición del TEDH en materia de gestación subrogada” en *El reto de la gestación subrogada: luces y sombras* (Madrid: Dykinson, 2021), 89.

¹⁰¹ Antonio José Vela Sánchez, “¿Ha variado el TEDH su doctrina favorable a los convenios de gestación por sustitución realizados en países que legalmente los permiten?”, *Diario La Ley*, n° 8953 (Wolters Kluwer: Abril 2017), 3.

¹⁰² Julieta Monteroni, ““Paradiso, Campanelli” y un contrato internacional de maternidad subrogada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Prudentia Iuris*, n° 80 (2015), 279.

Posteriormente, el asunto fue elevado a la Gran Sala, compuesta en esta ocasión por diecisiete jueces, quienes cambiaron de criterio para llegar a la conclusión opuesta, mediante sentencia de 24 de enero de 2017. La Gran Sala revocó la sentencia anterior al considerar que no hubo violación del artículo 8 del CEDH, puesto que la injerencia en la vida privada del matrimonio italiano se hizo conforme a la ley, a la luz del apartado segundo del referido precepto. Además, a diferencia de los asuntos *Menesson* y *Labassee*, entendió que en este asunto no existía vida familiar entre los demandantes y en niño, en vista de la ausencia de vínculo biológico entre ellos y la corta duración de la convivencia (tiempo inferior a seis meses). La Gran Sala concluyó que aceptar dejar al menor con los recurrentes supondría legalizar la situación de hecho creada por aquellos con violación de reglas importantes del Derecho italiano.

En opinión de Vela Sánchez, a pesar de esta nueva postura, no varía el criterio esencial de las sentencias que resolvían los asuntos *Menesson* y *Labassee*. Es más, el autor señala que *“la propia Sentencia de la Gran Sala del TEDH viene a reconocer que el margen amplio de apreciación del Estado, en sede de filiación jurídica, se restringe si existe vínculo biológico entre los padres y el hijo, relación que puede proceder, sin duda, también de un convenio de gestación por sustitución válidamente celebrado en país cuya legislación lo admita”*.¹⁰³ En vista de la sentencia Gran Sala, podría concluirse que la regulación fijada en nuestro Derecho por la Instrucción de la DGRN, de 5 de octubre de 2010, se encuentra en línea con la jurisprudencia europea, al exigir, para proceder a la inscripción en el Registro Civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución realizada en otro país, vínculo biológico con al menos uno de los comitentes.¹⁰⁴

Para terminar este punto, también es importante mencionar el Dictamen Consultivo del TEDH, de 10 de abril de 2019, solicitado por el Tribunal de Casación francés en relación al caso *Menesson*.¹⁰⁵ En el mismo, el Tribunal señaló que, *“reconocida la paternidad legal del padre de intención, que, a su vez, sea padre biológico del niño, el derecho al respeto a la vida privada de este último exige que el Derecho interno ofrezca también la posibilidad de establecer un vínculo de filiación respecto de la «madre de intención», que, aunque no sea la madre biológica, sin embargo, sea designada como madre legal en un certificado de nacimiento extranjero, legalmente expedido”*.¹⁰⁶ Sin

¹⁰³ Vela Sánchez, “¿Ha variado el TEDH su doctrina?”, 13.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/spa/?i=003-6380431-8364345>

¹⁰⁶ De Verda y Beamonte, “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, 20.

embargo, no se exige por el TEDH que dicho reconocimiento adopte la forma de inscripción en el registro, sino que pueden utilizarse otros medios, como la adopción del niño por la madre comitente, siempre que se garantice la prontitud y eficacia del procedimiento, de conformidad con el interés superior del menor.

5. DERECHO COMPARADO

Como se ha venido explicando a lo largo del trabajo, el ordenamiento jurídico español sanciona con la nulidad de pleno derecho a los contratos de gestación por sustitución y establece que la filiación de los niños nacidos mediante esta práctica será determinada por el parto (artículo 10 de la LTRHA). Es por ello que los nacionales españoles que desean constituir una familia a través un vientre de alquiler se ven obligados viajar a otro Estado donde esta técnica de reproducción sí es legal.¹⁰⁷

En el ámbito europeo, la mayoría de los países se ha posicionado a favor de una normativa prohibicionista de los vientres de alquiler. Por ejemplo, prohíben expresamente la gestación subrogada, tanto comercial como altruista, además de España, países como Francia (recordemos los asuntos *Mennesson* y *Labassee*), Italia (asunto *Paradiso-Campanelli*), Alemania, Suiza y Suecia, entre otros. Si bien, en alguno de estos países, en consonancia con el Dictamen del TEDH, de 10 de abril de 2019, la regulación interna permite que la madre intencional recurra a la filiación adoptiva del menor.

En síntesis, en esta sección se hará un breve repaso de los ordenamientos jurídicos de Italia y Portugal, debido a su estrecha relación con España. Este análisis ofrecerá una interesante comparación con el Derecho español en esta sede, ya que, como se verá, a pesar de la cercanía de estos tres Estados y de su cultura e historia en común, el país luso es una de las excepciones a la normativa prohibicionista de los vientres de alquiler establecida en la mayoría de Europa.

¹⁰⁷ Por ejemplo, en algunos países el contrato de maternidad subrogada es válido siempre que se cumplan ciertos requisitos (como Reino Unido, Canadá o algunos Estados de México, entre otros); mientras que en otros el acuerdo es válido en todo caso (entre ellos, Ucrania, Rusia y algunos Estados de Estados Unidos). Incluso hay países que incentivan abiertamente esta TRHA, como el caso de la India. Dependiendo de las características y las preferencias de la parte comitente, el destino elegido será uno u otro.

En primer lugar, respecto de Italia, en el artículo 12.6 de la Ley 40/2004 se castiga con sanción de tres meses a dos años de prisión y multa de 600.000 a 1.0000.000 de euros, al que, bajo cualquier forma, realice, organice o haga publicidad de la comercialización de gametos o embriones o de la gestación subrogada.¹⁰⁸ Por tanto, desde 2004 la gestación por sustitución en Italia se ha convertido en prohibición penal explícita, a diferencia de lo que ocurre en nuestro ordenamiento, que no prevé un tipo penal específico.¹⁰⁹ Así, *“la elección del ordenamiento jurídico italiano es clara en el sentido de prohibir la gestación por sustitución, sea cual sea la forma y el modo, y el mismo Tribunal Constitucional que se ha pronunciado recientemente sobre el tema no ha mostrado ninguna apertura”*.¹¹⁰ Sin embargo, al igual que sucede en España, la prohibición y la sanción previstas por la ley no impiden que ciudadanos italianos formen efectivamente una familia gracias a un contrato de vientre de alquiler celebrado y ejecutado en otro país.

En este sentido, a principios de este año, el Parlamento italiano, a propuesta de la Primera Ministra, Giorgia Meloni, aprobó el estudio de un proyecto de ley con el objetivo de sancionar a los nacionales italianos que recurran a vientres de alquiler en países extranjeros donde esta práctica sí es legal. La propuesta consta de un solo artículo y prevé modificar la Ley 40/2004, añadiendo al mencionado precepto 12.6 lo siguiente: *“las penas establecidas en este párrafo se aplican aunque la infracción se cometa en el extranjero”*.¹¹¹

Sin embargo, y dado que cada vez son más los italianos y las italianas que recurren a la maternidad subrogada en otro Estado, es importante conocer qué ocurre con estas «familias» cuando regresan a su país de origen. En estos casos, las autoridades italianas han sido firmes al no reconocer ni los certificados de nacimiento extranjeros ni las resoluciones extranjeras que establecen la relación de filiación entre un bebé nacido en el extranjero mediante un contrato de gestación por sustitución y los padres y/o madres de intención. El argumento de esta respuesta negativa es la contravención del orden público

¹⁰⁸ Ley italiana nº 40, de 19 de febrero de 2004, sobre normas en materia de procreación médica asistida. Versión original disponible en: <https://www.parlamento.it/parlam/leggi/040401.htm>

¹⁰⁹ Villa Sieiro, “El Derecho Penal español”.

¹¹⁰ Vincenzo Barba, “Las técnicas de procreación humana asistida, la responsabilidad de los padres y el interés del menor entre ley y jurisprudencia italiana”, *Actualidad civil*, nº1 (Wolters Kluwer: Enero 2022), 20.

¹¹¹ De momento, el proyecto de ley no se ha aprobado de forma definitiva. Sin embargo, la Comisión de Justicia de la Cámara de los Diputados aprobó el pasado 31 de mayo la enmienda referida, que busca hacer de esta práctica un delito universal. Se espera que el proyecto llegue al pleno de la Cámara de los Diputados para después pasar al Senado y finalizar con su aprobación definitiva, dándose por descontada por mayoría de la derecha. Consultado por última vez el 22 de junio de 2023.

internacional que el reconocimiento supondría, al ser una conducta prohibida y sancionada por el Derecho italiano. No obstante, *“el hecho de que no sea posible reconocer la eficacia de dicho acto extranjero en Italia no excluye que sí deba reconocerse la relación de filiación entre el hijo y uno o ambos miembros de la pareja si existe una relación genética”*.¹¹² Por tanto, la única consecuencia del no reconocimiento del certificado o resolución extranjera es la imposibilidad de reconocer la relación de filiación entre el bebé y la parte comitente que no presente con él un vínculo genético. En este sentido, si tanto el padre como la madre intencional son los padres biológicos del menor, el niño será considerado y registrado como hijo de ambos.

De entrada, se puede apreciar una gran diferencia entre este régimen y la regulación efectuada por el Derecho español. Nuestro Alto Tribunal señaló en su última sentencia sobre la materia, la comentada STS de 31 de marzo de 2022, que *“en nuestro ordenamiento jurídico el reconocimiento de esa relación puede realizarse, respecto de la persona del padre biológico, mediante el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad, conforme prevé el art. 10.3 LTRH, [y] cuando quien solicita el reconocimiento de la relación de filiación es la madre comitente, la vía por la que debe obtenerse la determinación de la filiación es la de la adopción”* (fundamento jurídico quinto). Es decir, en territorio nacional español, aunque la madre de intención haya aportado sus gametos, la filiación respecto de ella será la adoptiva, puesto que la filiación legal se determina por el parto (la mujer gestante será a todos los efectos la madre legal del menor).

Sin embargo, en Italia, la situación varía cuando solo uno de los progenitores de intención presenta vinculación genética con el menor. En estos casos, se registrará como hijo de la parte que haya aportado su carga genética, mientras que la otra parte (la que no presenta lazos biológicos con el bebé) podrá adoptar al hijo o hija de su pareja. Así lo confirmó la Corte de Casación en una sentencia del año 2019, al señalar que el procedimiento a seguir en estos supuestos será el previsto por el apartado 1.d) de la Ley 184/1983 (Ley italiana sobre la adopción), que regula lo que se denomina la «adopción especial».¹¹³

¹¹² Barba, “Las técnicas de procreación humana asistida”, 20.

¹¹³ Sentencia de la Corte de Casación Italiana, núm. 12193/2019, de 6 de noviembre de 2018. Versión original disponible en: https://www.biodiritto.org/ocmultibinary/download/3846/45513/3/e360ad88957d6339e2d6806342b50ead/file/s.u._12193_2019.pdf

No obstante, gran parte de la doctrina asegura que este instrumento es totalmente inadecuado con lo establecido por el TEDH en su Dictamen, de 10 de abril de 2019, al no establecer una relación de filiación plena con respecto del progenitor de intención ni ser una medida rápida o tan siquiera eficaz.¹¹⁴ En esta misma línea se pronunció el Tribunal de Casación italiano en la sentencia núm. 33/2021, en la que concluyó que, con el fin de garantizar la protección jurídica exigida por los principios convencionales y constitucionales mediante la adopción del hijo nacido de la maternidad subrogada, conviene regularla de manera más acorde a las peculiaridades de la situación en cuestión.¹¹⁵

En conclusión, con esta sentencia el Tribunal advierte y conmina al legislador italiano a regular un procedimiento de adopción eficaz y rápido que reconozca con plenitud el vínculo filial entre el adoptante y el adoptado, con el fin de garantizar el interés superior del menor. A día de hoy este cambio legislativo aún no se ha producido, por lo que en estos supuestos se continúa aplicando el procedimiento de «adopción especial» cuando uno de los progenitores no tenga lazos genéticos con el menor.

Por otra parte, como ya se ha adelantado, la maternidad subrogada es legal en Portugal desde la entrada en vigor de la Ley 25/2016 el 1 de septiembre de ese mismo año.¹¹⁶ Se modificó así el régimen anterior, regulado por la Ley 32/2006, cuyo artículo 8.1 denegaba expresamente la gestación por sustitución y, al igual que la vigente regulación española, siguiendo el axioma romano *mater semper certa est*, consideraba a la mujer gestante como la madre biológica del menor.¹¹⁷ Además, el antiguo artículo 39 de la Ley 32/2006 preveía responsabilidades penales y/o multas pecuniarias en caso de llevar a efecto un contrato de gestación por sustitución, dependiendo del sujeto activo y de si el mismo se realizaba a título oneroso o gratuito.

A partir del 1 de septiembre de 2016, *“la suscripción de negocios jurídicos de gestación por sustitución sólo será posible con carácter excepcional y gratuito en los casos de ausencia de útero, lesión o enfermedad de este órgano que impida de forma absoluta y definitiva la gestación de la mujer o en situaciones clínicas justificadas”*

¹¹⁴ Barba, “Las técnicas de procreación humana asistida”.

¹¹⁵ Versión original de la sentencia disponible en: https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaProvincia.do?param_ecli=ECLI:IT:COST:2021:33

¹¹⁶ Ley portuguesa nº 25, de 25 de agosto de 2016, de regulación del acceso a la gestación por sustitución. Versión original disponible en: <https://dre.pt/dre/det/alhe/lei/25-2016-75177806>

¹¹⁷ Ley portuguesa nº 32, de 26 de julio de 2006, de procreación médicamente asistida. Versión original disponible en: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis

(artículo 8.2 de la Ley 25/2016). La admisibilidad de la maternidad subrogada, además de estar únicamente circunscrita a los supuestos previstos en el segundo apartado, está sujeta al cumplimiento de rigurosas exigencias legales, tal y como señala el párrafo 12 del referido precepto al decir que “*son nulos los negocios jurídicos, gratuitos u onerosos, de gestación por sustitución que no se ajusten a lo dispuesto en los apartados anteriores*”.

Así, esta TRHA solo podrá autorizarse cuando se utilicen los gametos de, al menos, uno de los padres de intención y nunca los de la mujer gestante (apartado 3); cuando lo autorice el Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida, previa audiencia con el Colegio de Médicos portugués (apartado 4); cuando no se haya convenido el pago de una retribución económica, más allá de los gastos de la asistencia sanitaria (apartado 5); cuando no exista entre las partes contratantes una relación de subordinación económica (apartado 6); y, finalmente, siempre que se realice mediante contrato escrito (apartado 10), que no podrá imponer restricciones ni normas que atenten contra los derechos, la libertad o la dignidad de la gestante (apartado 11). De cumplirse todos los requisitos y de llevarse a efecto la gestación y el alumbramiento de un bebé a través de un vientre de alquiler, el niño nacido será considerado hijo de la parte comitente (apartado 7). De igual manera, a partir de la reforma, el antiguo artículo 14, relativo al consentimiento de las partes, se aplica también a los contratos de gestación por sustitución. El mismo ha de ser libre e informado y es revocable por cualquiera de las partes contratantes hasta el inicio de la TRHA. En opinión de Vela Sánchez, la irrevocabilidad del consentimiento de la madre gestante a partir del momento del inicio del proceso procreativo “*es esencial para la virtualidad del convenio de gestación por sustitución*”.¹¹⁸

En cuanto a los posibles beneficiarios de la gestación por sustitución en Portugal, es importante destacar que la referida y antigua Ley 32/2006 también se vio modificada, por segunda vez, mediante Ley 17/2016.¹¹⁹ Según el nuevo artículo 6.1, solamente podrán recurrir a la maternidad subrogada “*las parejas de sexos diferentes o las parejas de mujeres, respectivamente casados o casadas o que vivan en condiciones análogas a las de los cónyuges, así como todas las mujeres independientemente del estado civil y de la*

¹¹⁸ Antonio José Vela Sánchez, “La gestación por sustitución se permite en Portugal”, *Diario La Ley*, nº 8868 (Wolters Kluwer: Noviembre 2016), 7.

¹¹⁹ Ley portuguesa nº 17, de 20 de junio de 2016, que amplía el ámbito de aplicación de las técnicas de procreación médicamente asistida. Versión original disponible en: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/17-2016-74738646>

respectiva orientación sexual". Como se puede apreciar, se excluye a las parejas de hombres, casadas o de hecho, y a los hombres solteros.

Sin embargo, en el año 2018, el Tribunal Constitucional portugués, mediante sentencia núm. 225/2018, de 24 de abril, declaró la inconstitucionalidad de una serie de normas de la Ley 32/2006, modificada por la Ley 25/2016, por vulnerar el derecho al desarrollo de la personalidad y la dignidad humana de la mujer gestante.¹²⁰ Señaló el Constitucional que el derecho de la mujer gestante a la revocación del consentimiento dado "*tiene que garantizarse a lo largo de todas las fases en que se desdobra el proceso de gestación por sustitución*", ya que "*es la única garantía de que el cumplimiento de las obligaciones específicas de cada fase de ese proceso sigue siendo voluntario y, por eso, se corresponde al ejercicio de tal derecho*" (párrafo octavo). En definitiva y en lo que aquí interesa, el Tribunal Constitucional, "*basándose en el derecho al desarrollo de la personalidad y en la dignidad humana de la mujer gestante [...] consagra la revocabilidad del consentimiento prestado hasta el momento de entrega del nacido*".¹²¹

Como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad, la nueva Ley 90/2021, de 16 de diciembre, asienta el régimen jurídico definitivo de la maternidad subrogada en Portugal, volviendo a reformar la Ley 32/2006.¹²² El nuevo texto legal contempla modificaciones con el objetivo de superar los vetos planteados por el Tribunal, entre los que destaca la posibilidad de que la mujer portadora pueda revocar su consentimiento hasta el momento de la inscripción del nacido en el Registro Civil (*ex* nuevo artículo 8.10). Concretamente, este plazo es de hasta 20 días después del parto.

Por otra parte, mientras que las anteriores leyes no limitaban el recurso a esta TRHA a los nacionales portugueses, la nueva regulación establece expresamente que solo "*es aplicable a los ciudadanos nacionales y a extranjeros con residencia permanente en Portugal*" (artículo 2). Además, el nuevo artículo 3 añade como elemento novedoso y como condición no forzosa que "*la gestante por sustitución debe ser, preferentemente,*

¹²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional portugués, núm. 225/2018, de 24 de abril. Versión original disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>

¹²¹ Antonio José Vela Sánchez, "Y el sueño se convirtió en pesadilla: el Tribunal Constitucional Portugués declara la inconstitucionalidad de la legislación sobre gestación por sustitución", *Diario La Ley*, nº 9237 (Wolters Kluwer: Julio 2018), 17.

¹²² Ley portuguesa nº 90, de 16 de diciembre de 2021, de alteración del régimen jurídico aplicable a la gestación por sustitución. Versión original disponible en: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/90-2021-1759837/28>

una mujer que ya haya sido madre, sin perjuicio de que las concretas circunstancias del caso lo pudieran impedir”.

En lo demás, contrato se seguirá admitiendo únicamente en los casos de ausencia de útero, de lesión o enfermedad de este órgano que impida de forma absoluta y definitiva el embarazo de la mujer beneficiaria u otra situación clínica que lo precise (artículo 8.2), aportando siempre los gametos de, al menos, uno de los comitentes, sin que en ningún caso pueda usarse el material genético de la mujer portadora (artículo 8.4) y exclusivamente en su modalidad altruista (artículo 8.7).

No obstante, desde la entrada en vigor de esta reciente ley hasta día de hoy, solo se ha registrado un caso de gestación por sustitución en Portugal. Además, la antes mencionada exclusión de las parejas de hombres y de los hombres solteros de esta TRHA no fue constatada por la sentencia del Constitucional ni subsanada por la nueva regulación legal, por lo que la gestación por sustitución en Portugal a día de hoy únicamente es accesible para nacionales, ya sean parejas heterosexuales, de mujeres o mujeres solteras.¹²³

Como se puede apreciar, no hace falta ir muy lejos para encontrar tal variedad de regulaciones sobre la gestación por sustitución. En Italia, la legislación parece ser más estricta que en España, debido a la previsión de un tipo penal específico, pero se sigue sin impedir que los nacionales italianos viajen al extranjero para contratar un vientre de alquiler. Por su parte, en Portugal se ha llegado, después de varias reformas legislativas, a un marco normativo permisivo con esta TRHA, pero únicamente para sus nacionales, lo que sin duda ha logrado evitar que ciudadanos de otros países acudan al país luso únicamente para concertar estos acuerdos.

6. CONCLUSIONES

El primero de los objetivos de este Trabajo de Fin de Grado consistía en esclarecer por qué, a pesar de la expresa prohibición legal, todavía no hay en España una doctrina única y coherente en lo relativo a los contratos de gestación por sustitución, y cómo es

¹²³ Antonio José Vela Sánchez, “Régimen jurídico definitivo de la gestación por sustitución en Portugal”, *Diario La Ley*, nº 10003 (Wolters Kluwer: Febrero 2022).

posible que se legalice de facto en territorio nacional la situación familiar creada en otro país, incurriendo en un claro fraude de ley previsto por el artículo 6.4 del CC.

La respuesta a estas dos preguntas dista de ser sencilla. Es más, es probable que nos encontremos ante uno de los mayores absurdos jurídicos padecidos actualmente por nuestro ordenamiento jurídico interno. Esto es así porque, en resumen, la maternidad subrogada no es legal en España *ex* artículo 10.1 de la LTRHA, pero se puede inscribir en el Registro Civil español el nacimiento y filiación de un menor nacido en un país extranjero mediante gestación por sustitución si (1) se aporta una resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido y (2) se cumplen el resto de requisitos establecidos en la Instrucción de la DGRN, de 5 de octubre de 2010 (aún vigente).

Ante esta situación, hay que añadir que el Supremo ha resuelto que los contratos de gestación por sustitución entrañan un daño al interés superior del menor y una explotación de la mujer que son inaceptables. Por tanto, rechaza la inscripción de la filiación en el Registro Civil por contravenir el orden público internacional, pero permite su reconocimiento respecto del padre biológico mediante el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad y desvía a la madre comitente al proceso de adopción, siempre y cuando esta situación redunde en beneficio del interés superior del menor. Principio que, como se ha visto, también es esencial para el Tribunal de Estrasburgo en aplicación de la normativa internacional que lo regula.

Se concluye, por tanto y en respuesta al segundo objetivo del trabajo, que la regulación actual es incompleta e insuficiente con el objetivo que busca al castigar con la sanción de nulidad estos contratos, ya que favorece que nacionales con capacidad adquisitiva económica suficiente realicen la contratación en algún país en el que la maternidad subrogada está regulada y después inscriban al menor en España, eludiendo y contraviniendo la regulación interna. Podría entenderse que, en cierto modo, la regulación actual es discriminatoria *ex* artículo 14 de la CE, ya que únicamente las personas con altos recursos económicos pueden permitirse acceder a esta técnica de reproducción en otro Estado y legalizar su situación familiar en España, ya sea mediante la inscripción de la filiación en el Registro Civil o, si no es posible, mediante la acción de reclamación de paternidad y la posterior adopción por la otra parte comitente (si la hay).

En este sentido, ante la ausencia de un marco jurídico claro y seguro, se ve necesario un inaplazable cambio normativo. Ya sea en un sentido u otro, es menester regular el contrato de gestación por sustitución en España, puesto que se trata de una realidad que no se puede seguir evitando y es ineludible proteger y supervisar todos los intereses y derechos fundamentales en juego.

Si se legislase en sentido prohibitivo, se debería prever un tipo penal específico que castigase a los y las nacionales que recurran a estas técnicas, incluso en el extranjero, y a las agencias intermediarias que se dediquen a esta actividad. Además, se debería derogar y dejar de aplicar una norma con rango inferior a la ley, como lo es la Instrucción de la DGRN, de 5 de octubre de 2010. Si bien es cierto que la fundamentación jurídica de esta Instrucción es salvar la contradicción entre los ordenamientos jurídicos de España y otros países en los que la maternidad subrogada es perfectamente legal, considero que la situación actual no deja de ser tremendamente confusa y genera multitud de problemas en el Registro Civil.

Por otro lado, si se decidiese regular el contrato de gestación por sustitución de forma permisiva, debería hacerse de tal manera que se garantizaran los derechos fundamentales de todas las partes, en especial de la madre gestante y del menor. Consecuencia lógica de lo anterior, en mi opinión, es que únicamente se llegase a permitir la maternidad subrogada en su modalidad altruista, para evitar la explotación reproductiva de las mujeres en precaria situación socioeconómica.

A corto plazo, en España de momento no hay prevista ninguna modificación legislativa. El acontecimiento más reciente ha sido la nueva proposición de ley presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, el pasado 30 de marzo de 2023, a raíz del resonado caso de Ana Obregón. El Grupo reivindica su regulación altruista y garantista, y aboga por una reforma del sistema, como lo hizo previamente en los años 2017 y 2019, proposiciones que fueron rechazadas tanto por el Partido Popular como por el Partido Socialista Obrero Español. De momento, falta esperar a los trabajos que sobre la materia desarrolle la Conferencia de La Haya, que en todo caso se espera que ayuden a poner un cierto orden a esta problemática mediante la elaboración de un texto internacional sobre la maternidad subrogada, al igual que ocurrió con la adopción internacional.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Agüera Perálvarez, Evelin. “Determinación de la filiación en la gestación por sustitución.” *Diario La Ley* (Wolters Kluwer), nº 10116 (Julio 2022).
- Asociación EMPODERARTE. “Vientres de alquiler.” *Asparkia. Investigació Feminista*, nº 33 (Diciembre 2018): 337-344.
- Barba, Vincenzo. “Las técnicas de procreación humana asistida, la responsabilidad de los padres y el interés del menor entre ley y jurisprudencia italiana.” *Actualidad civil* (Wolters Kluwer), Enero 2022.
- Barber Cárcamo, Roncesvalles. “Reproducción asistida y determinación de la filiación.” *Revista Electrónica De Derecho De La Universidad De La Rioja (REDUR)*, nº 8 (2010): 25-37.
- Calvo Caravaca, Alfonso-Luis, y Javier Carrascosa González. “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.” *Cuadernos de Derecho Transnacional* 7, nº 2 (Octubre 2016): 45-113.
- Castellanos Ruiz, María José. “La filiación adoptiva, vía legal para la gestación por sustitución: A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2022.” *Cuadernos de Derecho Transnacional* 14, nº 2 (Octubre 2022): 1034-1052.
- Comité de Bioética de España. “Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada.” 2017.
- Crespo Lorenzo, Elena. *Gestación subrogada: enfoque legal y estado actual en España*. 9 de Mayo de 2019. <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/13944-gestacion-subrogada:-enfoque-legal-y-estado-actual-en-espana/>.
- De Verda y Beamonte, José Ramón. “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida: reflexiones críticas a raíz de la jurisprudencia recaída sobre la materia.” *Diario La Ley* (LA LEY), nº 10182 (Diciembre 2022).

- Díaz Fraile, Juan María. “Gestación por sustitución: evolución de la doctrina de la dirección general de los registros y del notariado.” En *La gestación por sustitución*, de Adolfo Lucas Esteve, 57-116. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Durán Ayago, Antonia. “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mennesson c. France (n.º 65192/11) y caso Labasse c. France (n.º 65941/11), de 26 de junio de 2014.” *Ars Iuris Salmanticensis* 2 (2014): 277-282.
- Fernández Codina, Gonzalo. *Gestación subrogada. Crítica a sus críticas. Sobre porqué es moralmente lícita y legalizable*. Barcelona: Bosch Editor, 2019.
- Fernández de Sevilla, Cristina. “La maternidad subrogada, algunos problemas jurídicos de su legalización en España.” *Diario La Ley* (Wolters Kluwer), n.º 9755 (Diciembre 2020).
- Flores Rodríguez, Jesús. “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa.” *Diario La Ley* (LA LEY), n.º 8363 (Julio 2014).
- García Presas, Inmaculada. “El tratamiento jurídico de la gestación por sustitución en España a debate.” *Actualidad civil* (Wolters Kluwer), n.º 3 (Marzo 2022).
- Godoy Domínguez, Luis A. “La posición del TEDH en materia de gestación subrogada.” En *El reto de la gestación subrogada: luces y sombras*, de Carlos Lasarte Álvarez y Francisco Javier Jiménez Muñoz, 83-105. Madrid: Dykinson, 2021.
- González Moreno, Juana María. “Gestación por sustitución y derecho(s). Una valoración desde la autonomía reproductiva de las mujeres.” En *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos: derechos de los menores y maternidad por sustitución*, de Leonor Suárez Llanos, 197-220. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Goñi Huarte, Elena. “El contrato de gestación por sustitución.” En *El reto de la gestación subrogada: luces y sombras*, de Carlos Lasarte Álvaerz y Francisco Javier Jiménez Muñoz, 175-187. Madrid: Dykinson, 2021.
- Lamm, Eleonora. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013.
- Lledó-Yagüe, Francisco. “Reflexión jurídica sobre las nuevas formas de concepción humana.” *La Ley*, n.º 2 (1985): 1011-1019.

- Lucas Esteve, Adolfo. “La gestación por sustitución: derechos e intereses en conflicto.” En *La gestación por sustitución*, de Adolfo Lucas Esteve, 23-54. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Lucea Sáenz, Ascensión. “El estado actual de la trata de personas: una aproximación desde el derecho internacional de los derechos humanos.” *Tesis doctoral*. Universidad de Zaragoza: <https://zaguan.unizar.es/record/60601>, 2017.
- Monteroni, Julieta. ““Paradiso, Campanelli” y un contrato internacional de maternidad subrogada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.” *Prudentia Iuris*, nº 80 (2015): 273-279.
- Morero Beltrán, Anna María. “Características de las familias creadas por gestación subrogada en el Estado español.” *International Journal on Collective Identity Research*, nº 2 (2018).
- Múrtula Lafuente, Virginia. “La determinación de la filiación "contra legem" del nacido en el extranjero por gestación por sustitución: otra forma de tener hijos atendiendo a la voluntad procreacional, la posesión de estado y el interés superior del menor.” *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 16 (Junio 2022): 3424-3465.
- Nuño Gómez, Laura. “Una nueva cláusula del Contrato Sexual: vientres de alquiler.” *ISEGORÍA*, nº 55 (Septiembre 2016): 683-700.
- Orozco González, Francisco Javier. “La consideración de la sala de lo civil del Tribunal Supremo sobre la dignidad de la mujer gestante y del nacido en el convenio de gestación por sustitución.” *Diario La Ley (LA LEY)*, nº 10204 (Enero 2023).
- Pérez Artigues, Juan Antonio. “Maternidad subrogada. Problemas jurídicos y éticos del alquiler de vientres.” *Vol. 27 Extraordinario XXVI Congreso*. 2017. 123-126.
- Pérez Monge, Marina. *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2002.
- Posada Kubissa, Luisa. “Sobre los "vientres de alquiler". Debates y reflexiones desde la crítica feminista.” *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 20 (Abril 2021): 186-198.

- Torres Quiroga, Miguel Ángel. “Libertad, desigualdad y el contrato de maternidad subrogada.” *Tesis doctoral*. Universidad Autónoma de Madrid: <http://hdl.handle.net/10486/686545>, 2018.
- Triguero Alcántara, Bárbara. “Las mujeres y demás cuerpos gestantes de alquiler como debate feminista.” *Tesis doctoral*. Universidad Complutense de Madrid: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/65791/1/T42331.pdf>, 2020.
- Vavidares Suárez, María Ludivina. “El marco constitucional del debate feminista sobre la gestación.” En *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos. Derechos de los menores y maternidad por sustitución*, de Leonor Suárez Llanos, 137-166. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Vela Sánchez, Antonio J. “Erre que erre: el Tribunal Supremo niega la inscripción de la filiación de los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución.” *Diario La Ley* (LA LEY), nº 8600 (Septiembre 2015).
- Vela Sánchez, Antonio José. “¿Ha variado el TEDH su doctrina favorable a los convenios de gestación por sustitución realizados en países que legalmente los permiten?” *Diario La Ley* (Wolters Kluwer), nº 8953 (Abril 2017).
- Vela Sánchez, Antonio José. “Análisis estupefacto de la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.” *Diario La Ley* (Wolters Kluwer), nº 9453 (Julio 2019).
- Vela Sánchez, Antonio José. “Crimen el bar.” *Diario La Ley* (Wolters Kluwer), nº 9056 (Octubre 2017).
- Vela Sánchez, Antonio José. “La gestación por sustitución se permite en Portugal.” *Diario La Ley* (Wolters Kluwer), nº 8868 (Noviembre 2016).
- Vela Sánchez, Antonio José. “Régimen jurídico definitivo de la gestación por sustitución en Portugal.” *Diario La Ley* (Wolters Kluwer), nº 10003 (Febrero 2022).
- Vela Sánchez, Antonio José. “Y el sueño se convirtió en pesadilla: el Tribunal Constitucional Portugués declara la inconstitucionalidad de la legislación sobre gestación por sustitución.” *Diario La Ley* (Wolters Kluwer), nº 9237 (Julio 2028).

Villa Sieiro, Sonia Victoria. “El Derecho Penal español ante la gestación por sustitución.”
En *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos: derechos de los menores y maternidad por sustitución*, de Leonor Suárez Llanos, 445-474. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.